

Der strafrechtliche Notstand im Vergleich
zwischen dem Königreich der Niederlande
und der Bundesrepublik Deutschland.

Florian Markus Lauer~~mann~~

Freiburg *im Bre:*
~~1980~~

1981

DER STRAFRECHTLICHE NOTSTAND IM VERGLEICH
ZWISCHEN DEM KÖNIGREICH DER NIEDERLANDE UND
DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Eine historische, rechtsvergleichende Untersuchung mit Berücksichtigung des französischen Rechts.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu
Freiburg

vorgelegt von

Florian Markus Lauermann

Freiburg
1980



Dekan: Prof. Dr. Albrecht Dieckmann
Referent: Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck
Korreferent: Prof. Dr. Klaus Tiedemann
Tag der mündlichen Prüfung:
11. Februar 1981

Meinem Vater zugewidmet als Dank für die großzügige
Unterstützung, ohne die ich die vorliegende Arbeit
nicht hätte vornehmen können.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I n h a l t s ü b e r s i c h t

Inhaltsverzeichnis	S. I
Literaturverzeichnis	S. VI
Abkürzungsverzeichnis	S. XXV
<u>Einleitung.</u>	S. 1
<u>T e i l 1 : Die gemeinsame Entwicklung</u>	S.3 - S. 55
<u>I. Das römische Recht.</u>	S. 4
<u>II. Das kanonische Recht.</u>	S. 6
<u>III. Das germanische und das mittelalterliche Recht.</u>	S. 10
<u>IV. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. (Constitutio Criminalis Carolina) von 1532 und die gemeinrechtliche Doktrin.</u>	S. 15
1. Die peinliche Gerichtsordnung von 1532	S. 15
2. Die gemeinrechtliche Doktrin	S. 16
a) Die italienische Rechtsschule	S. 17
b) Das gemeine Recht	S. 18
(1) Diebstahl in rechter "hungers nott"	S. 19
(2) Von "essenden dingen"	S. 20
(3) Rechtsfolge: "sollen abermals richten und vrtheyler radts pflegen"	S. 21
c) Die Voraussetzungen der "necessitas" bei Art.166 CCC	S. 22
d) Die Rechtsnatur der "necessitas"	S. 24
<u>V. Die Lehre des Naturrechts und die Aufklärung.</u>	S. 26
1. Hugo Grotius	S. 28
2. Antonius Matthäus	S. 29
3. Joh. Samuel von Pufendorf	S. 30
4. Thomasius und Chr. Wolff	S. 33
5. Boehmer, Leyser, Wildvogel	S. 34
6. Quistorp und Schroeder	S. 35
<u>VI. Die Philosophen am Ende des 18. und im 19. Jahrhundert.</u>	S. 37
1. Kant	S. 37
a) Der Ausgangspunkt	S. 37
b) Der Notstand Kant's und dessen Begründung	S. 38
c) Kritik	S. 39

2. Die "Exemptionstheorie" Fichtes oder die Theorie von der Rechtlosigkeit	S. 40
a) Die Notstandslehre	S. 41
b) Nachfolgende Lehren	S. 42
c) Kritik	S. 43
3. Die "Unzurechnungsfähigkeitstheorie" Feuerbachs	S. 44
a) Die Notstandslehre	S. 45
b) An Feuerbach anknüpfende Lehren	S. 46
c) Kritik	S. 46
4. Die "Kollisionslehre" Hegel's und der Hegelianer	S. 49
a) Hegel	S. 49
b) Die Lehre Hegel's in der Weiterentwicklung	S. 50
 <u>T e i l 2 : Die Entwicklung in Deutschland</u>	 S.56 - S.106
<u>I. Die Gesetzgebungen im 18. Jahrhundert.</u>	S. 57
<u>II. Die Partikulargesetzgebungen im 19. Jahrhundert.</u>	S. 58
1. Bayern	S. 59
2. Die übrigen deutschen Strafgesetzbücher außer Preußens	S. 60
3. Preußen	S. 61
<u>III. Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches</u>	S. 63
1. Der Norddeutsche Bund	S. 63
2. Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reichs von 1871	S. 65
3. Der übergesetzliche Notstand	S. 67
<u>IV. Die Reformvorschläge zum Notstand während der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts</u>	S. 75
1. Der Vorentwurf von 1909	S. 77
2. Der Gegenentwurf von 1911	S. 78
3. Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913	S. 80
4. Der Entwurf von 1919	S. 81
5. Der Entwurf von 1925 (Reichsratsvorlage)	S. 83
6. Der Entwurf von 1927 (Reichstagsvorlage)	S. 83
<u>V. Die Entstehung der §§34, 35 StGB von 1975</u>	S. 86
1. Die ersten Entwürfe der großen Strafrechtskommission	S. 86
2. Die Interessenabwägungs- und Zwecktheorie und der Alternativentwurf (AE)	S. 89
3. Der Entwurf von 1962 und die geltenden Notstandsbestimmungen	S. 99

Teil 3 : Der strafrechtliche Notstand
in den Niederlanden S.107 - S.350

Erster Abschnitt: Der strafrechtliche Not-
stand zwischen den Jahren 1804 und 1886. S.107 - S.188

I. Die erste Kodifizierung. S.108

1. Die Entstehung des Entwurfs von 1804 S.108
2. Die Notstandsregelung im Entwurf von 1804 S.109
3. Die Kritik des "Hoog Nationaal Gerechtshof" S.109
4. Das "Crimineel Wetboek" von 1809 S.110
5. Art.24 CW im einzelnen S.112
 - a) "Dwang" in Art.24 CW S.113
 - b) "Billijke vrees" S.115
 - c) "Sterke verleiding" S.118
 - d) Das richterliche Ermessen S.119

II. Die Entwürfe zwischen den Jahren 1815
und 1881. S.121

1. Der Entwurf von 1827 S.121
2. Der Entwurf von 1839 S.124
3. Der Entwurf von 1847 S.126
4. Der Entwurf von 1859 S.127
5. Der Entwurf von 1875 und das geltende
Strafgesetzbuch S.130

III. Die Behandlung des Notstands in den Jah-
ren 1811 bis 1886. S.132

1. Die Behandlung des strafrechtlichen Not-
stands im französischen Recht S.133

- a) Der Ursprung der französischen Not-
standsregelung S.134
- b) Die Lehre der "contrainte" nach 1810 S.138
- c) Der "état de nécessité" im 19. Jahr-
hundert S.146
- d) Die Behandlung des Notstands im 20.
Jahrhundert S.163
 - (1) Die Contrainte-Lehre S.163
 - (2) Die Lehre des fehlenden Vorsatzes S.164
 - (3) Die Lehre des état de nécessité S.165
- e) Die französische Rechtsprechung bis zur
Gegenwart S.171
 - (1) Die Rechtsprechung bis 1957 S.171
 - (2) Die Rechtsprechung seit den 50-iger
Jahren S.177

2. Der strafrechtliche Notstand im nieder-
ländischen Recht S.181

- a) Die overmacht nach van Deinse S.181
- b) Die overmacht in der Rechtsprechung S.183

2. Abschnitt: Der strafrechtliche Not-
stand seit 1886 bis zur Gegenwart. S.189 - S.350

<u>IV. Die Gesetzgebung und die Rechtspre-</u> <u>chung seit Geltung des niederländi-</u> <u>schen Strafgesetzbuchs zu Art.40 Sr</u>	S.189
1. Die Gesetzgebung	S.189
2. Die Rechtsprechung	S.199
a) Die Rechtsprechung bis zum Jahre 1923 und die Entwicklung des "noodtoestand"	S.199
b) Die Rechtsprechung seit der "Optiker- Entscheidung von 1923	S.211
c) Die Eingrenzung der overmacht durch die Rechtsprechung	S.216
(1) Die Unvermeidbarkeit der Notstands- handlung	S.216
(2) Die Unvermeidbarkeit der Notstands- lage (eigenes Verschulden)	S.220
aa) Die Rechtsprechung	S.221
bb) Die Literatur	S.232
cc) Die Rechtsprechung zu Kriegsver- brechen	S.238
<u>V. Die Unterscheidung der Strafausschlies-</u> <u>sungsgründe in den Niederlanden.</u>	S.239
1. Rechtfertigungsgründe	S.243
2. Entschuldigungsgründe	S.245
<u>VI. Der Begriff der overmacht in der nieder-</u> <u>ländischen Literatur seit 1881.</u>	S.250
1. Die ältere Lehre	S.251
2. Die differenzierende Notstandslehre	S.256
a) Noyon	S.256
b) Simons	S.258
c) Vos	S.260
d) Duynstee	S.264
e) van Eck	S.271
f) Hazewinkel-Suringa	S.273
g) van Bemmelen	S.282
h) Langenmeijer und Remmelink	S.283
i) van Hattum	S.288
3. Die monistische Notstandslehre	S.295
a) van Hamel	S.295
b) Zevenbergen	S.300
c) Pompe, Bronkhorst und Nolte	S.303
<u>VII. Gewissensnot als besonderes Notstands-</u> <u>problem.</u>	S.312
1. Das Problem	S.312
2. Die Rechtsprechung und Literatur zu dem Problem der Gewissensnot	S.313
3. Die Rechtsprechung seit 1950	S.316

4. Schlußfolgerung	S.320
5. Europäisches Recht	S.322
<u>VIII. Der Schwangerschaftsabbruch im niederländischen Strafrecht.</u>	S.324
1. Einleitung	S.324
2. Der gerechtfertigte Schwangerschaftsabbruch im geltenden deutschen Recht	S.327
3. Die erlaubte Abtreibung im niederländischen Recht	S.329
a) De lege lata	S.329
(1) Die Überlegungen des Gesetzgebers	S.329
(2) Die rechtliche Einordnung der medizinischen Indikation	S.330
(3) Die soziale Indikation	S.332
aa) Die Rechtsprechung	S.333
bb) Die Literatur	S.333
cc) Die Praxis	S.335
b) De lege ferenda	S.337
<u>Schlußbemerkung.</u>	S.347

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- ABEGG, Julius Friedrich Heinrich Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, Neustadt a.d. Orla 1836
- Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, Breslau 1830 - neue, unveränderte Auflage Glashütten im Taunus 1971
- ALBERICUS de Rosciate, ca. 1330 Tractatus de statutis (in Tractatus de statutis diversorum autorum), Frankfurt 1606
- ALLFELD, Phillipp Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 9.Auflage Leipzig 1934
- ALTERNATIV - ENTWURF (AE) ... eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, 2.Auflage Tübingen 1969
- ALTMANN, Wilhelm und BERNHEIM, Ernst Ausgewählte Urkunden zur Erläuterung der Verfassungsgeschichte Deutschlands im Mittelalter, 4.Auflage Berlin 1909
- AMELUNG, Knut Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere §34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? in NJW 1977, S.833 ff
- Nochmals: §34 StGB als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm? in NJW 1978, S.623
- AMELUNG / SCHALL Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis, in JuS 1975, 565 ff
- AMIRA, Karl von Thierstrafen und Thierprocesse, in Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung Bd. XII, S.545 ff
- AMMON, Wilhelm von Der bindende rechtswidrige Befehl, Breslau 1926, Strafrechtliche Abhandlungen, 217
- ANDREAE, Johannes ca. 1321 Novella in V libros Decretalium, Venedig 1581 (I-II), 1589 (III-V)
- ARCHIDIACONUS (Guido de Baysio) ca. 1290 Apparatus ad Decretum Rosarium, Augs.1481
- ASTENASUS von Asti ca. 1317 Summa de casibus, Lyon 1519

- AUSSEL, J.-M. La contrainte et la nécessité en droit pénal (force majeure, contrainte physique et morale, cas fortuit, état de nécessité et légitime défense), in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Paris 1956, S.228 ff
- BALDUS de Ubaldis Institutionen. Digestum vetus. Infortiatum. Digestum novum. Codex, ca. 1370 Venedig 1615
- BAR, Ludwig von Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd.III. Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, Berlin 1909 = Das Strafgesetz, Berlin 1906
- BARTHOLOMAEUS Pisanus Summa casuum, 1338
- BAUDRY, H. La force majeure en droit pénal, Lyon 1938
- BAUER, Anton Lehrbuch des Strafrechts, 2.Auflage Göttingen 1833
- BAUKEMA, P.J. Het geweten als staatsrechtelijk probleem, inaug. Rede VU 1972
- BAUMANN, Jürgen Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1. Auflage (unter Mitwirkung von Ulrich Weber), Bielefeld 1977
- BAUMGARTEN, Artur Notstand und Notwehr, Tübingen 1911
- BEHREND, J.Fr. Ein Stendaler Urtheilsbuch aus dem 14. Jahrhundert, Berlin 1868
- BELING, Ernst Grundzüge des Strafrechts, 8./9. Auflage, Tübingen 1925
- BEMMELEN, J.M. van Strafvordering, Leerboek van het Nederlandse Strafprocesrecht, 6. Auflage, s'Gravenhage 1957
- Ons strafrecht, Teil I. Het materiële strafrecht - Algemeen Deel, 5. Aufl., Groningen 1975, 6. Aufl. 1977
- Leerboek van het Nederlandsche strafrecht, Teil II, s'Gravenhage 1953 (Teil I s. van Hattum)
- BERLICH, Matthias Conclusiones practicabiles secund. D.Augusti Constitut.Saxon., 2.Aufl. Leipzig 1619
- BERNER, Albert Friedrich De impunitate propter summam necessitatem proposita, Berlin 1861

BERNER, Albert Friedrich	Grundsätze des preußischen Strafrechts Leipzig 1861
-	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1.Auflage 1857 - Leipzig - letzte, 18.Auflage 1898
BINDING, Karl	Handbuch des Strafrechts, Bd.I, Leipzig 1885
BINSBERGEN, W.C. van	Algemeen karakter van het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland, Utrecht 1949
BLEI, Hermann	Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 17.Aufl (Fortsetzung des von Mezger begründe- ten Studienbuchs), München 1977
BLOK - BESIER	Het Nederlandsche Strafproces, 1.Teil Haarlem 1925
BOCER, Heinrich	Tractatus de furtorum poenis crimi- nalibus, Tübingen 1612
ROCKELMANN, Paul	Hegels Notstandslehre, Berlin 1935
-	Strafrecht, Allgemeiner Teil. Darstel- lung der ab 1.Januar 1975 geltenden reformierten Fassung, 2.Auflage, München 1975
-	Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968
BOEHMER, Johann Samuel Friedrich von	Meditationes in Constitutionem Cri- minalem Carolinam, Magdeburg 1770
-	Observationes ad Carpzow, Halle 1759
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang	Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außerge- wöhnlichen Lagen, in NJW 1978, 1881 ff
BOITARD - HELIE	Leçon sur le code pénal et d'instruc- tion criminelle contenant le commen- taire complet des codes par Boitard publiées par G.de Linage, revues com- plétées et mises en harmonie avec les lois les plus récentes par F.Hélie, Paris 1863
BOLDT, Gottfried	Johann Samuel Friedrich von Boehmer und die gemeinrechtliche Strafrechts- wissenschaft, Berlin und Leipzig 1936
BONIFACIUS de Vitalinis ca. 1360	Tractatus super maleficiis, Lyon 1532
BOFF, Ulrich	Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.38, Karlsruhe 1974

- BOREL, W.L. Noodtoestand, Diss. Leiden 1884
- BOSCH, A.G. Het ontstaan van het wetboek van strafrecht, Zwolle 1965
- BROCKHAUS, der große 17. Auflage 1966
- BRONKHORST, C. Overmacht in het strafrecht, Diss. Utrecht u. Nijmegen 1952
- BRUNNER, Heinrich Deutsche Rechtsgeschichte I und II, Leipzig 1892
- BRUNO, Cassinelli Prospetto storico del diritto penale Milano 1954
- BOUZAT, Pierre et PINATEL, J. Traité de droit pénal et de criminologie Bd.I, Droit pénal général, Paris 1963
- BURI, M. von Nothstand und Nothwehr, GS 1878,434 ff
- BURSKI, Ulrich von Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht, Diss. Freiburg 1970
- CARPZOW, Benedikt Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, Wittenberg 1723
- CHABOT, B.E. Over argumenten voor en tegen abortus, Amsterdam 1968
- CHAUVEAU, A. et HELIE, F. Théorie du Code Pénal, Bd.I 2.Auflage Brüssel 1863, 6.Aufl. Paris 1887
- CLARUS (CLARO), Giulio Sententiae, Bd.V - Iulii Clari opera, Lyon 1579
- CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINAE Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, herausgegeben und erläutert von Gustav Radbruch, Stuttgart 1960
- DAHM, Georg Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, in Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Berlin u. Leipzig 1931
- DALLOZ in DA (Recueil Dalloz analytique), Bd.VII, S.638 Nr.1
- DEINSE, A.F. van De algemeene beginselen van Strafrecht, Middelburg 1852
- DEUTSCH, Erwin Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten NJW 1979, 1905 ff
- DOHNA, Alexander Graf zu Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, Halle 1905

- DOHNA, Alexander Graf zu
DONNEDIEU DE VABRES, H.
- DREHER, Eduard
- DREHER - TRÖNDLE
- DUYNSTEE, W.J.A.J.
- ECK, Dirk van
- ELLIS, Havelock
- ENGEL, Joh.Rudolph
- ENGISCH, Karl
- ENSCHÉDE, Ch.J.
-
- ESER, Albin
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von
-
- FICHTE, Joh.Gottlieb
- FIORELLI, Piero
- FOKKENS, J.W., MULDER, G.E.
- FRANK, Reinhard
- Recht und Irrtum, Mannheim 1925
- Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 1.Aufl. Paris 1938, 3.Aufl. Paris 1947
- Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, S.207 ff
- Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Kommentar), 39.Auflage München 1980
- Noodtoestand en overmacht, in TvS 53 (1943), S.94 ff
- Praeadvies over de overmacht in het strafrecht, voor de Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de Katholieken in Nederland (Thijmgenootschap), s'Gravenhage 1947
- Psychology of Sex, London 1948
- Elementa iuris criminalis, 2.Aufl. Jena 1742
- Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen - kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958 -, ZStW 70,566 ff
- Abortus op medische indicatie en strafrecht, Nederl.Tijdschrift voor Geneeskunde 110 (1966), S.1349 ff
- Over abortus, NJB 1970, S.718 ff
- Strafrecht, 2. Aufl. München 1976
- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1.Aufl. Gießen 1801, 4.Aufl. (herausgegeben von A. Mittermaier) Gießen 1847
- Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt 1799
- Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, in Philosophische Bibliothek Bd.256, Hamburg 1960
- La tortura giudiziale nel diritto commune, Milano 1954
- Bewijzen in het Strafprocesrecht, Zwolle 1978
- Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Auflage, Tübingen 1931

FREUDENTHAL, Berthold	Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübingen 1922
FRIESE, Viktor	Das Strafrecht des Sachsenspiegels, Breslau 1898 (Neudruck Aalen 1970)
FRITSCH, Ahasver	De praesidio necessitatis contra legem, Opuscula varia, 2.Aufl. Nürnberg 1690
GALLAS, Wilhelm	Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), S.1 ff
GANDINUS, Albertus ca. 1260	Tractatus de maleficiis. Ausg. Hermann Kantorowicz, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. 2 Bd. Berlin & Leipzig 1926
GARÇON, Emile	Code Pénal annoté, Paris 1952 (1.Aufl. Paris 1901-1906)
GARRAUD, R.	Précis de droit criminel, 15.Aufl. Paris 1934
-	Traité théorique et pratique du droit pénal français, Bd.I, 3.Aufl. Paris 1913
GERLAND, Heinrich B.	Deutsches Reichsstrafrecht, 2.Aufl. Berlin & Leipzig 1932
-	Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919, Tübingen 1921
GEWIN, B.	Beginselen van Strafrecht, Leiden 1907
-	Schets van het Nederlandsche Strafrecht, Leiden 1910
GILHAUSEN, Ludwig	Arbor iudiciaria criminalis, 3.Aufl. Köln 1662
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique	Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem, Festschrift für Hans Welzel, Berlin & New York 1974, S.485
GÖHLER, Erich	Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 5.Auflage München 1977
GOLDSCHMIDT, James	Der Notstand, ein Schuldproblem, Wien 1913 (Sonderdruck aus der öster. Zeitschr.f. Strafr. 1913,129)
-	Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925

- GOLTDAMMER, Theodor Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten, Teil 1, Berlin 1851
- GROLMANN, Karl Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft / nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, Gießen 1798
- GROS, Karl Heinrich von Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, 5.Aufl. Stuttgart & Tübingen 1829
- GROTIUS, Hugo De iure belli ac pacis / libri tres, in quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur, Neuaufl. Leiden 1919
- GRÜNHUT, Max Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, ZStW 51, 455
- HAELSCHNER, Hugo Das preußische Strafrecht. Erster Teil: Geschichte des brandenburgisch-preußischen Strafrechts, Bonn 1855
- Das preußische Strafrecht. Zweiter Teil: Den allgemeinen Theil des Systems erfassend. System des preussischen Strafrechts. Erster oder allgemeiner Theil des Systems, Bonn 1858
- HAMEL, G.A. van Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht, 4.Aufl. s'Gravenhage 1927 (1.Aufl. 1889)
- HAMMER, Otto Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsenspiegel, in Gierkes Untersuchungen, Heft 19, Breslau 1885
- HARMSSEN, J. Kans en keus; problem en mogelijkheden bij ongewenste zwangerschap, Raad voor maatschappelijk welzijn, Haarlem 1978
- HARPPRECHT, Johann Tractatus criminalis, Frankfurt 1603
- HATTUM, W.F.C. van Hand- en leerboek van het Nederlandsche strafrecht, Teil I, s-Gravenhage 1953 (Teil II s. van Bemmelen)
- HAUNOLD, Christoph De Iure et Iustitia commutativa, Ingolstadt 1761
- HAZELHOFF, K. HEEMSKERK, Th. FOLENAAR, B.J. Het Wetboek van Strafrecht, Amsterdam 1882
- HAZEWINKEL - SURINGA, Derkje Enige beschouwingen over de overmacht en de zin harer straffeloosheid, in TvS 57 (1948), S.141 ff

- HAZEWINKEL - SURINGA, Derkje Inleiding tot de studie van het
Nederlandse Strafrecht, 7.Auflage
(bearbeitet von J.Remmeling),
Groningen 1975
- HERBART, Johann Friedrich Sämtliche Werke, herausgegeben von
Karl Kehrbach und Otto Flügel in
19 Bänden, Aalen 1964
- HEFFTER, August Wilhelm Lehrbuch des gemeinen deutschen
Strafrechts, 6.Aufl. Halle 1857
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich Grundlinien der Philosophie des
Rechts oder Naturrecht und Staats-
wissenschaft im Grundrisse, in der
Philosophischen Bibliothek Bd.124 a,
4.Auflage Hamburg 1955
- HEGLER, August Die Merkmale des Verbrechens,
ZStW 36, 19
- HEIMBERGER, Joseph Rechtmäßiges und rechtswidriges
Handeln, in Vergleichende Darstel-
lung des Deutschen und Ausländischen
Strafrechts, Allg. Teil Bd.IV, Ber-
lin 1908, S.1
- HEINITZ, Ernst Das Problem der materiellen Rechts-
widrigkeit, in Strafrechtliche Ab-
handlungen Heft 211, Breslau 1926
- Der Überzeugungstäter im Strafrecht,
ZStW 78 (1966), S.615 ff
- HENKE, Eduard Handbuch des Criminalrechts und der
Criminalpolitik, Bd.I, Berlin &
Stettin 1823
- HENKEL, Heinrich Der Notstand nach gegenwärtigem und
künftigem Recht, München 1932
- HESSE, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der
Bundesrepublik Deutschland, Heidel-
berg/Karlsruhe 1978 (11.Aufl.)
- HIPPEL, Robert von Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen
in den Entwürfen, ZStW 42 (1921), 404 ff
- HÖINGHAUS, Richard Das neue Strafgesetzbuch für den
Norddeutschen Bund, Berlin 1870
zitiert als "Motive"
- HOLD VON FERNECK, Alexander Die Rechtswidrigkeit, 2.Bd. 1.Abt.,
Notstand und Notwehr, Jena 1905
- HOLTZENDORF, Franz von Handbuch des deutschen Strafrechts,
Bd.I. Die geschichtlichen und philo-
sophischen Grundlagen des Strafrechts,
Berlin 1871

- HOOYKAAS, J.P. Problemen van Administratief Recht,
Inaug. Rede, Zwolle 1952
- ' T HOOFT, D.M. Beschouwingen over noodtoestand,
Diss. Utrecht 1925
- HOSTIENSIS, Henricus a Susa Lectura super V libris Decretalium,
ca. 1250 Argentinae 1512
- HUFNAGEL Commentar über das Strafgesetzbuch
für das Königreich Württemberg, Bd.
I, Stuttgart 1840
- HYE - Glunek, Anton Ritter von Das österreichische Strafgesetzbuch
Bd.I, Wien 1855
- IHERING, Rudolf von Geist des römischen Rechts auf den
verschiedenen Stufen seiner Entwick-
lung, 2.Aufl. Basel 1869
- JANKA, Karl Der strafrechtliche Notstand,
Erlangen 1878
- JARCKE, Karl Ernst Handbuch des gemeinen deutschen Straf-
rechts, mit Rücksicht auf die Bestim-
mungen der preußischen, österreichi-
schen, baierischen und französischen
Gesetzgebung (Bd.1 - 3), Berlin 1827
- JENULL, Sebastian Das österreichische Criminalrecht
nach seinen Gründen und seinem Geiste
dargestellt, Theil I, 3.Auflage,
Wien 1837
- JESCHECK, Hans-Heinrich German Criminal Law Reform, in Mueller:
Essays in Criminal Science 1961, S.393
- Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner
Teil, 1.Auflage Berlin 1969
 2.Auflage Berlin 1972
 3.Auflage Berlin 1978
- JOHANNES von Freiburg Summa confessorum, Nürnberg 1518
ca. 1280
- JOSSERAND, L. Besprechung in der Sache Ménard,
u.a. Autoren D.1899.II.329
- KANT, Immanuel Methaphysik der Sitten, Bd.IV,
Darmstadt 1956
- KAUFMANN, Arthur Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-
Entwurf 1962, ZStW 76, 543 ff
- KEMPER, J.M. Crimineel Wetboek voor het Koning-
rijk Holland, Amsterdam 1809

- KETTING, Evert De verwerking van abortus, Den Haag 1976
- Het abortusontwerp in de praktijk, in MGv 1979, S.187 ff
- Van misdrijf tot hulpverlening; een analyse van de maatschappelijke betekenis van abortus provocatus in Nederland, Alphen a/d Rijn 1978-Diss.
- KITZINGER, F. Randbemerkingen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, ZStW 31,204
- KLEENE, P. Wet en Geweten, Diss. Amsterdam 1926
- KLEINKNECHT, Theodor Strafprozeßordnung, 34.Auflage, München 1979
- KLEINSCHROD, Gallus Alois Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erster Teil, Von Verbrechen überhaupt und derselben Zurechnung, 2.Auflage Erlangen 1799
- KOCH, Hartmut Der Einfluß von Zwang und Notstand auf die Verantwortlichkeit des Täters nach französischem Strafrecht, Diss. Freiburg 1968
- KOCH, Johann Christoph Institutiones iuris criminalis, Jena & Leipzig 1731
- KÖSTLIN, Christian Reinhold Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, Tübingen 1845
- System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Tübingen 1855 (neue unveränderte Aufl., Aalen 1978)
- KOHLER, Joseph Der deutsche und der österreichische Vorentwurf eines Strafgesetzbuchs, GA 56 (1909), S.285 ff
- KRESS, Johann Paul Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V. Imperatoris, Hannover 1730
- KREY, Volker Der Fall Peter Lorenz - Probleme des rechtfertigenden Notstandes bei der Auslösung von Geiseln, ZRP 1975, 97
- KÜPER, Wilfried Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, in JZ 1976, 515 ff
- LACKNER, Karl Strafgesetzbuch mit Erläuterungen (Kommentar), 13.Aufl. München 1980

- LANGEMEIJER , G.E. s. Noyon-Langemeijer -Rommelink
- Menschenwürde und freiheitliche
Rechtsordnung, Festschrift für Willi
Geiger, Tübingen 1974
- LAUFS, Adolf Arztrecht, 2.Auflage München 1978
- LEIPZIGER KOMMENTAR Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar
zitiert LK Bd.1, Berlin/New York 1974
- LENCKNER, Theodor Der rechtfertigende Notstand, zur
Problematik der Notstandsregelung
im Entwurf eines Strafrechtsgesetzbuches
(E 1962), Tübingen 1965
- LEVITA, Carl Das Recht der Nothwehr. Eine straf-
rechtliche Abhandlung, Gießen 1856
- LEYSER, Augustinus Meditationes ad Pandectas, Ed.3a,
Lips. 1746
- LISZT, Franz von Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
9.Auflage Berlin 1899
25.Aufl. (v.Liszt-Schmidt) Berlin 1927
- LÖWE - ROSENBERG Die Strafprozeßordnung und das Ge-
richtsverfassungsgesetz, 23.Auflage
Berlin/New York 1976 - 1979
- LUCAS de Penna Kommentar zu den Tres libri (Codex
ca. 1330 X-XII), Lyon 1557
- LUDEN, Heinrich Handbuch des Strafrechts Bd.I,
Göttingen 1836
- MANTE, A.W. Begelijding van abortus provocatus
in het Academisch Ziekenhuis te
Utrecht, Diss. Bilthoefen 1975
- MAREZOLL, Theodor Das gemeine deutsche Criminalrecht/
als Grundlage der neueren deutschen
Strafrechtsgesetzgebungen, 3.Auflage,
Leipzig 1856
- MARTIN, Christoph Lehrbuch des Teutschen gemeinen
Criminalrechts, 3.Auflage, Göttingen
1829
- MATTHÄUS, Antonius De criminibus / ad lib.XLVII et
XLVIII Dig. commentarius, Utrecht
1664
- MAUNZ - DÜRIG - HERZOG Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
Loseblatt-Ausgabe, Stand Mai 1977
- MAURACH, Reinhart Kritik der Notstandslehre, Berlin
1935

- MAURACH - ZIPF ,
MAURACH - ZIPF - GÖSSEL Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2 Teilbände, 1.Bd. fortgeführt v.Heinz Zipf 5.Aufl. Heidelberg & Karlsruhe 1976, 2.Bd.v.Karl Heinz Gössel, 5.Aufl 1978
- MECKBACH, Hieronymus Christoph Anmerkungen über Kayser Carls V. und H.R. Reichs peinl. Halsgerichtsordnung, Jena 1756
- MERKEL, Rudolf Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht, Straßburg 1895
- MERLE, Roger Droit pénal général complémentaire, Paris 1957
- MERLE, Roger et VITU, André Traité de droit criminel, Paris 1967; 2.Aufl. 1973 (gesondert zitiert)
- MEYER, Karl Die Reform des Strafrechts, München & Berlin 1910
- MEZZER, Edmund Die subjektiven Unrechtselemente, in GS 89, S.207 ff
- Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1.Auflage München & Berlin 1931; 17.Auflage s. Blei
- MITTERMAIER, Karl Josef Anton Das Preußische Strafgesetzbuch, verglichen mit dem Oldenburgischen Strafgesetzbuche, mit den Erfahrungen über das Französische Gesetzbuch und mit den Gesetzgebungsarbeiten, die dem Französischen Code nachgebildet sind, insbesondere der Italienischen Staaten, des Königreichs der Niederlande und Belgiens, in GA VII (1859), S.173
- MITTERMAIER, Wolfgang Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, ZStW 30, S.623 ff
- MODDERMAN, A.E.J. De Hervorming onzer Strafvetgeving, Kritische Beschouwing over de Wet van 29.Juni 1854 (StsBl. no.102), Diss., s'Gravenhage 1863
- MORIAUD, Paul Justification du Délit par l'Etat de Nécessité, Genf / Paris 1889 (Diss.)
- MUYART DE VOUGLANS, P.F. Institutes au Droit Criminel au Principes généraux sur ces matières suivant le droit civil, canonique et la Jurisprudence du Royaume avec un traité particulier des crimes, Paris 1768
- Les Loix Criminelles de France dans leur ordre naturel dédiées au Roi, Paris 1780

- NAUCKE, Wolfgang Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr.3, 1962
- Paul Johann Anselm von Feuerbach zur 200. Wiederkehr seines Geburtstages am 14. November 1975, in ZStW 87 (1975), S.861 ff
- NETTELBLADT, Daniel Dissertatio iuridica de necessitate eiusque in iure effectu, 1752
- NIEDERSCHRIFTEN ... über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd.2 (14.-25. Sitzung), Bonn 1958; Bd.12 (zweite Lesung), Bonn 1959
- NOLL, Peter Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966), S.638 ff
- NOLTE, H.J.A. De overmacht in het strafrecht. Praeadvies voor de Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de Katholieken in Nederland (Thijmgenootschap), s'Gravenhage 1947
- NOORDZIEK, J.J.F. Geschiedenis der beraadslagingen, gevoerd in de Tweede Kamer der Staten General over het ontwerp Wetboek van Strafrecht, 2 delen, s'Gravenhage 1883, 1884
1. Teil: Tekst van het ontwerp
2. Teil: Behandeling van vraagpunten; Memorie van den Minister van Justitie; Uitkomsten van het Afdelingsonderzoek
- NOYON, T.J. Het Wetboek van Strafrecht, Teil I, 1. Auflage Groningen 1886
- NOYON, T.J. - LANGENMEIJER, G.E. - REMMELINK, J.
(zitiert "Remmelink") Het Wetboek van Strafrecht. 7. Auflage (bearbeitet von Remmelink) Arnheim 1979
- OEHLER, Dietrich Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, in JR 1951, 489 ff
- OETKER, Friedrich Notwehr und Notstand, in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil, Bd.2 S.328 ff
- OLSHAUSEN, Justus Kommentar zu den Strafgesetzen des Deutschen Reichs Bd. I, 6. Auflage Berlin 1900

- OPPENHOFF, Friedrich C. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Berlin 1871
- Das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten und das Gesetz über die Einführung desselben, 4.Auflage Berlin 1864
- ORTOLAN, J. Eléments de Droit Pénal, Bd.I, 5.Aufl Paris 1886
- OTTO, Harro Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 2. erweiterte Auflage Marburg 1974
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch, 39.Auflage München 1980
- PETERS, Karl Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S.257 ff
- PETREIUS, Theodor Thesaurus controversiorum conclusionum criminalium, Marburg 1598
- PETTERS - PREISENDANZ Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, bearbeitet von Holger Preisendanz, 30.Auflage, Berlin & München 1978
- POMPE, W.P.J. Geen Straf zonder Schuld, RM 1930, S.157 ff
- Handboek van het Nederlandse Strafrecht, 5.Aufl. Zwolle 1959
- Over den invloed der duitse strafrechtswetenschap op de nederlandse, TvS 39 (1929), S.49 ff
- PRAAG, J. van Misdrijf in nood gepleegd, Diss. Amsterdam 1885
- PÜTTMANN, Josias Ludwig Ernst Elementa iuris criminalis, Leipzig 1802
- PUFENDORF, Samuel Baron von De iure naturae et gentium, Frankfurt 1694
- QUISTORP, Johann Christian Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, 4.Auflage Leipzig 1789
- RABE, Kurt Die Entwicklung des Notstandes von der Aufklärungszeit bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Diss. Göttingen 1930

- RADBRUCH, Gustav Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), mit einem Geleitwort von Thomas Dehler und einer Einleitung von Eberhard Schmidt, Tübingen 1952
- RAYMUNDUS de Pennaforte (hl.) Ordinis praedicatorum Summa, ca. 1234 Verona 1744
- REMMELINK, J. s. Noyon-Langenmeijer-Remmeling
- ROMIJN, H.J. Abortus provocatus, een neuro - biologische visie, NJB 1973, 917
- ROMMEN, Heinrich Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, Leipzig 1936
- ROSSHIRT, Konrad Franz Lehrbuch des Criminalrechts, Heidelberg 1821
- ROSSI, P. Traité de droit pénal, Bd.I, Genf & Paris 1829
- ROUX, J.A. Cours de droit criminel français, Paris 1927
- Anmerkung zum Fall "Ménard", Tribunal Correctionnel de Château-Thierry - Urt.v. 4.3.1898 und Cour d'Amiens - Urt.v.22.4.1898, in S.1899.II.1
- Rapport sur l'état de nécessité, Revue pénitentiaire 1900, S.1411 und 1424 ff
- ROXIN, Claus Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76, S. 82 ff
- Zur Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Entfernung von Leichenteilen (§168 StGB), insbesondere zum rechtfertigenden strafrechtlichen Notstand (§34 StGB), in JuS 1976, S.505 ff
- RUDOLPHI, Hans-Joachim Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der §§52, 53 Abs.3 und 54 StGB strafbar? in ZStW 78 (1966), S.76 ff
- SACHSENSPIEGEL (Ssp.) ..., Landrecht, herausgegeben von Cl. Freiherr von Schwerin und Hans Thieme, Stuttgart 1956
- SALCHOW Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 3.Aufl. 1823
- SAUER, Wilhelm Grundlage des Strafrechts, Berlin & Leipzig 1921

- SCHAFFMEISTER, Dieter Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3.März 1881, eingeleitet und übersetzt von D.Schaffmeister, Berlin / New York 1977
- SCHAFFSTEIN, Friedrich Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen - in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Berlin 1930
- SCHILLING, Friedrich Adolph Lehrbuch des Naturrechts oder der philosophischen Rechtswissenschaft mit vergleichender Berücksichtigung positiver Rechtsbestimmungen, Leipzig 1859
- SCHMIDT, Eberhard Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand", ZStW 49, 350
- Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.Aufl. Göttingen 1965
- SCHÖNKE / SCHRÖDER Strafgesetzbuch - Kommentar, 20.Aufl. München 1980 (17.Auflage 1974)
- SCHOONEVELD, M. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal), 4.Auflage (bearbeitet von van Hamel und Noyon), s'Gravenhage 1876
- SCHOTT, A.L. De furto ex necessitate commissio, Diss. Tübingen 1772
- SCHRÖDER, Horst Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S.290 ff
- SCHROEDER, L.C. Elementa iuris nat. soc. et gentium, Groningen 1775
- SCHROETER Handbuch des peinlichen Rechts, Bd.I, 1818
- SCHULTZ, Christian De delicto pro amico, Gedan 1689
- SCHWABE, Jürgen Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, in NJW 1977, 1902 ff
- SIEGERT, Karl Notstand und Putativnotstand, Tübingen 1931
- SIMON, Johann Georg De ablatione rei alienae in casu necessitatis, Diss. Jena 1675
- SIMONS, D. Leerboek van het Nederlandsche strafrecht, Teil I, 6.Aufl. Groningen 1937 (erg.v. Pompe); Teil II, 6.Aufl. Groningen 1941

- | | |
|---|---|
| SMIDT, H.J. | Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht.
Erster Teil, Haarlem 1881 (I)
Zweiter " " 1881 (II)
Dritter " " 1882 (III) |
| SMITH, J.C. and HOGAN, Brian | Criminal Law, 3.Aufl. London 1973 |
| SOERGEL - SIEBERT | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.V (Sachenrecht), Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978 |
| STAATSCOMMISSIE (zitiert NOTULEN) | Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht "1870/1876", Notulen Teil 1, herausgegeben von der Fachgruppe Strafrecht en Criminologie, sectie Strafrecht, Katholieke Hogeschool Tilburg, 1976 |
| STAMMLER, Rudolf | Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich, Erlangen 1878 |
| Stéfani, Gaston - LEVASSEUR, Georges | Droit pénal et criminologie, Bd.I, Droit pénal général, 2.Aufl. Paris 1966; 8.Aufl.1975 (gesondert zitiert) |
| STRATENWERTH, Günter | Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 2.Auflage Köln, Berlin, Bonn, München 1976 |
| STREE, Walter | Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 461 ff |
| STRYK, Johann Samuel | Commentatio iuridica de iure necessitatis, Halle 1712 |
| SYSTEMATISCHER KOMMENTAR (zitiert SK)
Rudolphi / Horn / Samson / Schreiber | Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, Frankfurt 1975 |
| TEMME, J.D.H. | Lehrbuch des preußischen Strafrechts, Berlin 1853 |
| TEMPEL, Otto | Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in NJW 1980, S.609 ff |
| THIELEKE, Helmut | Wer darf leben? Der Arzt als Richter, Tübingen 1968 |

- | | |
|--------------------------------------|---|
| THOMAS, von Aquino (hl.)
ca. 1250 | Summa theologica, 2.Buch, 1.u.2.Teil.
Ausgabe Venedig 1755-1756 (Opera T.
21-23) |
| THOMASIUS, Christian | Institutiones iurisprudentiae Divinae
7.Auflage Halle 1730 (Neuaufgabe
Aalen 1963) |
| TIRAQUELLUS (TIRAQUEAU), A. | Tractatus varii. De poenis temperan-
dis aut etiam remittendis, Caus.
XXXVI, Lyon 1615 - zitiert nach
Bronkhorst und Moriaud |
| TITTMANN, Karl August | Handbuch des gemeinen deutschen
peinlichen Rechts, Bd.I, Halle 1806 |
| ULSENHEIMER, Klaus | Das Personensorgerecht der Eltern im
Widerstreit mit dem Gewissen und dem
Strafgesetzbuch, in FamRZ 1968, 568 |
| VEEN, Th.W. van | Delicten plegen om de wereld te ver-
anderen, MBR 50 (1971), S.176 ff |
| VEENHOFEN, R. | Vier jaar abortus in Nederland, Me-
disch Contact 30 (1975), Nr.2, S.37 ff |
| VIDAL, Georges | Cours de droit criminel et de science
pénitentiaire, Bd.I, 9.Auflage,
Paris 1947 |
| VOORDUIN, J.C. | Geschiedenis en Beginnselen der Ne-
derlandsche Wetboeken, Bd.XI,
Wetboek van Strafrecht, Utrecht 1840 |
| VOS, H.B. | Leerboek van Nederlands Strafrecht,
2.Auflage Haarlem 1947 |
| VOUIN, Robert - LEAUTE,
Jaques | Droit pénal et de procédure pénal,
Paris 1965 |
| VRIJ, M.P. | War het vonnis betoogt, in TvS 62
(1953), S.54 ff |
| WACHENFELD, Friedrich | Lehrbuch des deutschen Strafrechts,
München 1914 |
| WACHINGER, Michael | Der übergesetzliche Notstand nach
der Rechtsprechung des Reichsgerichts
Festgabe für Reinhard Frank, Bd.I,
Tübingen 1930, S.469 ff |
| WAECHTER, Karl Georg von | Das königlich Sächsische und das
Thüringische Strafrecht I, Stuttgart
1857 |
| WALCH, Carl Friedrich | De furto fame dominante facto, Diss.
1789 |

WASSERSCHLEBEN, F.G.A.	Die Bußordnungen der abendländischen Kirche, Halle 1851
WEBER, Hellmuth von	Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, Leipzig 1925
WEIGELIN, Ernst von	Das Brett des Karneades, in GS 116 (1942), S.88 ff
WEIS, Ludwig	Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, Bd.I, Nördlingen 1863
WELZEL, Hans	Das Deutsche Strafrecht, 11.Auflage Berlin 1969
WESSELS, Johannes	Strafrecht. Allgemeiner Teil, 7.Aufl. Darmstadt 1978
WESSELY, Wolfgang	Die Befugnisse des Notstandes und der Notwehr nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neuern deutschen Partikulargesetzgebungen, Prag 1862
WILDVOGEL, Christian	Disputatio de furtis impropriis, von Diebstählen, so eigentlich keine seyn, 1714
WOLFF, Christian	Institutiones iuris naturae et gentium / in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et iura omnia deducuntur, Halle & Magdeburg 1754
ZEVENBERGEN, W.	Leerboek van het Nederlandsche strafrecht, Groningen 1924

G e s e t z e n t w ü r f e

ENTWURF 1804	Entwurf über ein Strafgesetzbuch für die Batavische Republik, Den Haag 1804 (eine offizielle Folio-Ausgabe befindet sich in der Universitätsbibliothek von Utrecht)
Entwurf 1815 (1827)	Ontwerp van een Crimineel Wetboek voor de Vereenigde Nederlanden, s'Gravenhage 1815
Entwurf 1827	Ontwerp van een wetboek van het strafregt voor het Koninkrijk der Nederlanden, Brussel 1827

ENTWURF 1847	Ontwerp Wetboek van strafrecht van 3. Febr. 1847 met de Memorien van toelichting en verdere daarover gewisselde officieele stukken, s'Gravenhage 1847
ENTWURF 1859 (Boot)	Ontwerpen van wet, tezamen uitmakende het Eerste Boek van een Wetboek van Strafrecht. Met Memorie van toelichting, s'Gravenhage 1859
ENTWURF 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962 mit Begründung (Bundestagsvorlage, BT IV/650), Bonn 1962

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	anderer Auffassung
aaO	an angegebenem Ort
abl. Anm.	ablehnende Anmerkung
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches (zum E 1962)
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BBG	Bundesbeamtengesetz
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH St; BGH Z	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen; - in Zivilsachen
Bijz. Hof	besonderes (Kriegs)gericht nach dem 2. Weltkrieg
B(ijz)RvC	Bijzonder Raad van Cassatie
BRRG	Beamtenrechts-Rahmengesetz
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
CP	Code Pénal von 1810
CW	Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland von 1809
D.	Recueil Dalloz
DAR	Deutsches Autorecht
DH	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence
DP	Dalloz, Recueil périodique et critique mensuel

E	bezeichnet den jeweiligen Gesetzes-Entwurf mit Jahresangabe
Europ.MRK	Europäische Menschenrechtskonvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundrechte vom 4.11.1950
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	Fußnote
GA	Golddammers Archiv
GdP	Gazette du Palais
GG	Bonner Grundgesetz
GG	der Gerichtssaal
h.M.	herrschende Meinung
HMG	Hoger Militair Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden (oberstes Kassationsgericht in den Niederlanden)
J	Jurisprudence
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.C.	Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique)
J.O.	Journal officiel
JR, Jus	Juristische Rundschau, - Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
Kg, Kgt	Kantongerecht (Kreisgericht)
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
m.a.W.	mit anderen Worten
MBR	Maandblad voor Berechting en Reclamering
MLR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MRT	Militair Rechtelijk Tijdschrift
MvT	Memorie van toelichting
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDB	Norddeutscher Bund von 1866, StGB NDB = Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes
NJ	Nederlandse Jurisprudentie (Jahr, S.)
NJB	Nederlands Juristenblad (Jahr, Seite)
NJV	Handelingen der Nederlanse Juristen-Vereeniging
NW	Neue Juristische Wochenschrift
N.O.	Na Oorlogse Rechtspraak (Jahr, Nr.)
Nr.	Nummer

OLG	Oberlandesgericht
O.R.O.	Oorsprongelijk Regerings Ontwerp
pr.AL.R	Allgemeines Landrecht von Preußen
P.v.J.	Palais van Justitie (Jahr, Nr.)
Q.B.D.	Queen's Bench Division
Rb	Rechtbank (Bezirksgericht)
Rdnr.	Randnummer
RGBL	Reichsgesetzblatt
RM	Rechtsgeleerd Magazijn - Themis
RP	Revue pénitentiaire (Jahr, Seite)
RSC	Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé (Jahr, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch von 1871
S.	Seite
S.	Recueil Sirey (Jahr, Band, Nr.)
S.	siehe
SK	Systematischer Kommentar
s.o.	siehe oben
Str	Wetboek van Strafrecht von 1886
Ssp	Sachsenspiegel
StA	Staatsanwaltschaft
St.Bl.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden (Jahr, Nummer)
StGB	Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland von 1975
StPO	Strafprozeßordnung
StV.	Straßenverkehrsordnung
s.u.	siehe unten
Sv	Wetboek van Strafvordering
TvB	Tijdschrift voor Strafrecht (Band, Seite)
u.; u.a.	und; unter anderem
Urt.	Urteil
Verk.Bl.	Verkehrsblatt
VR	Verkehrsrecht
VRS	Verkehrsrechtssammlung
W.	Weekblad van het recht (Jahr, Nr; seit 1.1.1936 vereinigt mit NJ)
WStG	Wehrstrafgesetz
W.v.K.	Wetboek van Koophandel
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



Einleitung.

Die vorliegende Arbeit bemüht sich, den s t r a f -
r e c h t l i c h e n N o t s t a n d im
n i e d e r l ä n d i s c h e n und im d e u t -
s c h e n Recht vergleichend darzustellen. Hierfür
scheint ein historischer Vergleich als der sinnvollste,
da sich im Verlaufe dieser Arbeit herausgestellt hat,
daß eine bloße Gegenüberstellung der jeweils ein-
schlägigen strafrechtlichen Normen sowie deren Hand-
habung in Praxis und Wissenschaft noch keine Gewähr
für ein besseres Verständnis der bestehenden Unter-
schiede bietet. Stellt man lediglich die §§ 34, 35
StGB 1975, deren Formulierung keinen Zweifel an
gesetzgeberischem Perfektionismus lassen, und deren
zweifaches, differenziertes Auftreten als "rechtfer-
tigender" und "entschuldigender" Notstand zu Recht
auf eine lange geistige Auseinandersetzung schließen
lassen, dem Art. 40 Sr gegenüber, der einfach nur
davon spricht, daß keine Bestrafung erfolgen soll,
wenn der Täter durch "overmacht" (Übermächtigen
Einfluß) gedrängt wurde, dann könnte man leicht ver-
sucht sein, sich ein falsches Bild über das nieder-
ländische Recht zu machen. Denn der niederländische
Gesetzgeber scheint hier tatsächlich auf dem Stande
vom 1. März 1811, als der Code pénal in den Nieder-
landen eingeführt wurde, stehen geblieben zu sein.
Doch lassen wir uns dadurch nicht täuschen! Denn die
Gesetzgebung stellt nur einen Teil des Rechts dar; es
befindet **sich** zunächst auf dem Papier. Über ihm steht
das Recht als höheres Prinzip, das es zuerst zu erkennen
gilt. Seine Gestalt erfährt es dann durch den Richter-
spruch.

Die historische Betrachtung läßt hingegen die dichte
Verflechtung beider Rechtskreise erkennen. Beide
wurden zunächst von dem kanonischen und römischen
Recht nach der Rezeption geprägt. Die gemeinrechtli-
che Doktrin war eine all-gemeine. In den Niederlanden
kam sie sowohl über Grotius und Matthäus wie auch über

Carpzow, Boehmer und Pufendorf zur Geltung. Selbst noch Philosophen wie Kant, Fichte und Hegel fanden Anerkennung.¹⁾ Einen zweiten Zugang in die Niederlande fand die ältere gemeine Lehre über Tiraquellus durch das französische Recht, das sich in den Niederlanden vor allem später über den Code pénal auf die Gesetzgebung im 19. Jahrhundert bemerkbar gemacht hat.

Die politischen Auseinandersetzungen zwischen den Niederlanden und dem Reich im 16. und 17. Jahrhundert haben sich nicht unmittelbar auf die niederländische Notstandslehre ausgewirkt. Wie seit jener Zeit sich die niederländische Politik im Spannungsfeld zwischen Wien / Madrid und Paris zu behaupten vermochte, so konnten sich auch die niederländischen Juristen behaupten, ohne als "deutsche" oder "französische" Gelehrte angesehen werden zu müssen. Die Lehre von Grotius über den Notstand war allerdings auch kein "niederländisches Recht", sondern sie orientierte sich an der kanonischen Lehre und konnte zum gemeinen Recht gezählt werden. Eine stärkere Hinwendung zum französischen Recht war bei dem Niederländer Matthäus festzustellen. Ebenso wie Tiraquellus in Frankreich hielt er sich an das römische Recht, war aber ebenso wie Grotius auch im Reich anerkannt.

Erst die gewandelte Lehre von Matthäus, Tiraquellus, Buyart de Vouglans, die sich im 19. Jahrhundert als die Lehre der "contrainte morale" behauptete und im Code pénal entsprechend zum Ausdruck kam, sollte zu einer Trennung zwischen der niederländischen und den deutschen Gesetzgebungen führen. In den Niederlanden hielt man sich an das französische Vorbild, während in Deutschland vor allem die Lehre von Kerel die Notstandslehre prägen sollte.

Die Rechtsauffassung als solche ist aber zwischen beiden Ländern gemeinsam geblieben, wie es sich insbesondere an der Rechtsprechung zeigt.

1) s. Hazewinkel-Suringa, FvS 57 (1943), 157 ff

T e i l 1 : Die gemeinsame Entwicklung

I. Das römische Recht.

Wer im römischen Recht nach einem Notstandsbegriff sucht, wird sich vergeblich bemühen. Eine Notstandsdefinition findet sich im römischen Recht nicht. Die vorhandenen Quellen behandeln nur einzelne, zumeist zivilrechtliche Fälle.¹⁾ Aus ihnen läßt sich schwerlich ein allgemeiner Notstandsbegriff ableiten. Einmal fehlt es an einer Systematik innerhalb der kasuistischen Gesetzgebung, zum anderen kommt auch nicht deutlich zum Vorschein, weshalb der Notstand Strafflosigkeit zur Folge hat oder warum die zivilrechtliche Ersatzpflicht entfallen soll.

So sollte z.B. nicht angeklagt werden, wer in Lebensgefahr den Angreifer oder einen anderen erschlug.²⁾ Die Abwehr gegen den Angreifer erfolgte somit in Notwehr, die gegen den anderen hingegen im Notstand.

Wer sich der Todesstrafe dadurch zu entziehen versuchte, daß er den Gegner bestach, sollte straflos bleiben.³⁾

Wer in Feuergefahr zur Rettung seines eigenen Hauses das Haus des Nachbarn niederriß, sollte von der Privatstrafe frei bleiben.⁴⁾

-
- 1) vergl. Otto, Pflichtenkollision, S.55; Rabe, Die Entwicklung des Notstandes, S.9
 - 2) "Is, qui adgressorem vel quemcunque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet", C.2 C ad leg. Cor. de sic. 9,16
 - 3) "In capitalibus criminibus a Principibus decretum est, non nocere ei qui adversarium corruptit: sed in his demum, quae poenam mortis continent; nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit", 1 I D 48,21 (de bonis eorum...)
 - 4) "Quod ait Praetor de damno dato, ita demum locum habet, si (dolo malo) damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat Edictum. Quemadmodum ergo procedit quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine, et familiae, iudicium in me dandum? cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo: puto igitur non esse verum quod Labeo scribit. An tamen Lege Aquilia agi cum hoc possit? et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit cum alias non posset", 1 3 §7 D 47,9; ferner 1 49 §1 D 9,2; 1 7 §4 D 43,24

Eine besondere Erwähnung verdient die Lex Rhodia de Iactu, nach welcher der Kapitän, dessen Schiff sich in Seegefahr befand, Waren zur Rettung von Schiff und Ladung über Bord werfen durfte.¹⁾ Um das eigene Schiff zu retten, durften fremde Taue und Netze, auf die das Schiff aufgelaufen war, zerstört werden, sofern die Notlage nicht verschuldet war.²⁾

Stammler³⁾ und Janka⁴⁾ gelangten freilich zu einem anderen Ergebnis. Stammler folgerte, daß es im römischen Recht einen allgemein anerkannten Satz gegeben habe, daß eine strafbare bzw. zum Ersatz verpflichtende Handlung nicht vorgelegen habe, wenn jemand zur Rettung eines seiner Rechtsgüter in ein fremdes Rechtsgut eigenmächtig eingegriffen habe. Der Grund hierfür soll in einer einfachen "naturalis ratio" gelegen haben. Stammler leitete diesen Grundsatz aus der soeben zitierten Stelle Ulpians her, die den Abriß des Nachbarhauses wegen Feuergefahr behandelte: "nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset"⁵⁾ sowie dem Satz des Juristen Paulus: "qui cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt"⁶⁾.

Zweifelsohne erscheinen diese Stellen auf Grund ihrer knappen Formulierung **bestechend**. Dennoch kann man ihnen m.E. nicht ohne weiteres ein allgemeines Notstandsprinzip entnehmen. Abstrakte Deduktion war ohnehin nicht Sache der Römer⁷⁾; sie gingen üblicherweise nicht nach historischer oder rechtsphilosophischer Methode

1) "Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciantur quod pro omnibus datum est", l 1 D de lege Rhod. 14,2

2) "... plane si culpa nautorum id factum esset ...", l 29 §3 D 9,2

3) Stammler, Darstellung ..., S. 9 ff, S.15 ff

4) Janka, Der strafrechtliche Notstand, S.45 ff

5) l 3 §7 Dig. de incendio 47,9

6) l 45 §4 D ad leg. Aquil. 9,2

7) Janka, aaO S.43

bis zu den letzten Quellen des Rechts zurück.¹⁾ Das gesamte Strafrecht - ein Stiefkind römischer Jurisprudenz²⁾ - läßt eine innere Durchgliederung und Systematik vermissen. Zur Erfüllung gelegentlicher Zeitbedürfnisse stellte es vielmehr pragmatisch einzelne strafrechtliche Sätze nebeneinander. Unter solchen Umständen erscheint es m.E. unmöglich, ausgerechnet ein Spezialproblem des Strafrechts, nämlich den Notstand, im römischen Recht allgemein als Problem erörtert zu finden.³⁾ Die "naturalis ratio" des Juristen Gaius⁴⁾, auf die Stammler sich bezog⁵⁾, mag - mit den Worten Janka's⁶⁾ - ein Zeichen für das "Natürliche, Gesunde und Unverkünstelte römischer Rechtsanschauung" sein und sich von der "ängstlichen, vielfach angekränkelten Auffassung späterer Zeiten" abheben, sie spricht aber m.E. gerade für die undogmatische, pragmatische Strafrechtsauffassung.

II. Das kanonische Recht.

Eine ausführlichere Behandlung fand der Notstand im kanonischen Recht. Die sedes materiae befindet sich in dem Satz "necessitas non habet legem"⁷⁾ und "quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum"⁸⁾. Boldt sprach hier von "weittragenden Gesichtspunkten"⁹⁾. Nach Stammler bestand im kanonischen Recht folgende allgemeine Regel:

Der Täter war zur Erhaltung von Leib und Leben berechtigt, eine verbotene Handlung zu begehen, wenn keine andere Möglichkeit für ihn bestand (inevitabilis)¹⁰⁾.

1) v. Ihering, Geist des röm. Rechts, III 1 S. 307

2) Janka, aaO S. 43

3) so auch Otto, Pflichtenkollision, S. 55

4) zur Notwehr: "Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere", 1 4 pr.D ad lege Aquil. 9, 2

5) Stammler, aaO S. 9

6) Janka, aaO S. 43, 44

7) Dist. I cap. 11 de consecr.

8) C 4 X de R.J. 5, 41

9) Boldt, Joh. Sam. v. Boehmer ..., S. 607

10) Stammler, aaO S. 21; vergl. Dahm, Das Strafr. Italiens, S. 145 ff

Der Notstand mußte gegenwärtig sein; auf das Verschulden wurde - im Gegensatz zur Lex Rhodia de Iactu - nicht abgehoben.

Nicht jedes Rechtsgut war notstandsfähig sondern nur solche, welche die Existenz betreffen wie Leib und Leben.¹⁾ Hervorzuheben ist des weiteren, daß jede Rechtsverletzung, also auch die Vernichtung eines fremden Menschenlebens straflos bleiben sollte, sofern die Tat zur Erhaltung des eigenen Lebens diente. Die Kirche bedauerte sogar den Täter, der in der Not einen anderen Menschen erschlagen mußte.²⁾

Der Diebstahl in Hungersnot war grundsätzlich straflos, oder er wurde nur mit geringen Bußen belegt. Die Begründung für die Straflosigkeit eines solchen Diebstahls findet sich in folgendem Satz:

"Tempore necessitatis omnia sunt communia"³⁾.

Die Not sollte also die Einzelrechte aufheben und sie zu einem Recht für alle gemeinsam werden lassen.

"Si aliquis propter necessitatem famis furatur comestibilia, ut quia infirmus est ita, quod non potest sibi querere victum et carista vel propter nuditatem furatur vestem, non tenetur furti, quia omnia sunt communicanda tempore necessitatis." 4)

Der Eingriff in ein fremdes Recht in der Not war somit als eine Belastung auf Kosten der Allgemeinheit anzusehen.

Die Kanonisten entwickelten allmählich eine Lehre von Zwang und Not, welche sowohl den Notstand als auch die

1) Stammer, aaO S.21

2) Rabe, Die Entwicklung ... S.10; Stammer, aaO S.17

3) Bonifatius de Vitalinis, Tractatus, de furibus, n.29; ders. De penis, n.18; vergl. ferner: Albertus Gandinus, Tractatus, de penis, 60, S.275; Albericus de Rosciate, Tractatus, III 40, D XXIII,2 De ritu nupt. 43,5 n.3; Baldus de Ubaldis, Institutionen, XIV,2, De l.Rhodia 2,2; Lucas de Penna, Tres libri, C X 49, De quibus muneribus ...S.85 R; ders. C XI 61, De paucis...2, S.190 R; ders. C XII 4, De dignitatibus 12, S.215 R; vergl. auch Carpzow, Pract. qu.83 Nr.41; Schaffstein, Allgemeine Lehren vom Verbrechen, S.84

4) Bonifatius de Vitalinis, aaO

Notwehr umfaßte. Sie unterschieden verschiedene Stufen des Zwangs, nämlich der *necessitas inevitabilis* und *evitabilis*, *coactio absoluta* und *conditionalis* oder *coactio* und *metus*. Die weniger gravierende Zwangslage sollte die Strafe nur mildern, die stärkere zur Strafflosigkeit führen:

"Excusat a culpa et a poena coactio, a toto, si fuit absoluta, a tanto, si fuit conditionalis." 1)

Ebenso wurde zwischen berechtigter und unberechtigter Furcht (*timor iustus* und *iniustus*) unterschieden.²⁾ Maßgeblich war hierbei eine Güterabwägung, je nachdem ob das Vergehen das kleinere Übel gegenüber dem befürchteten Unglück darstellte.³⁾ Bei einer Fehlentscheidung konnte der Täter aber immer noch eine mildere Strafe erwarten.⁴⁾

Folgende Beispiele seien hier aufgeführt: Wer freiwillig oder auf Grund einer priesterlichen Auflage zur Busse fastete, durfte ungestraft auch andere, d.h. an sich unzulässige Nahrung wie Gemüse und Fisch zu sich nehmen, wenn für ihn erlaubte Speisen (Wasser und Brot) unerreichbar waren, und wenn er jene zur Erhaltung seiner Existenz benötigte.⁵⁾

Der Eidbrüchige, der sowohl von der Kirche wie vom Staate bestraft wurde, erhielt die Strafe nur dann,

-
- 1) Archidiaconus, C.7 D.XXI; s. ferner Andreae, C.5 X, de his, quae vi...I 40 n.15; ders. C.5 X, de clerico exc. V, 27; Hostiensis, C.10 X De iureiurando II.24 §Quoniam igitur, S.355; Raymundus de Pennaforte, II.5 De raptoribus §13, S.179; Bartholomaeus Pisanus, "Baptismus", n.6, 3.13; ders. "Pena", n.3, S.130 R; Johannes von Freiburg, III.32 q.7, 34 q.83; Astesanus, I.19, S.24; ders. VII.2, S.143, 148
 - 2) Dahm, Das Strafrecht Italiens, S.148; diese Unterscheidung findet sich später wieder im französischen Recht bei Muyart, s.u. Teil 3, III, 1 a, S.134 u. im niederländischen Recht in Art.24 CW, s.u. Teil 3, I, 5b, S.115
 - 3) Dahm, aaO
 - 4) Bartholomaeus Pisanus, "Timor" n.2; Astesanus, II.34, S.85 R; Thomas von Aquin, Summa theol. 2, 2 q.66 a.7 und q.125 a.4; vergl. hierzu Dahm, aaO S.147, 148
 - 5) "Si illi, qui aliquos dies in pane et aqua ex iniuncta sibi poenitentia tenentur peragere, panem quo vescantur, non habent, leguminibus, aut piscibus, aut aliis cibariis reficiantur, si necessitas id exposcat: discretio-

wenn er nicht durch dringende Not zum Eidbruch gezwungen wurde.¹⁾

Der Diebstahl in Hungersnot blieb grundsätzlich straflos oder wurde nur gering bestraft.

"Si quis propter necessitatem famis aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, poeniteat hebdomadas tres: et si reddiderit, non cogatur ieiunare" 2)

Erlaubt war ferner der Totschlag in Not zur Rettung von Leib und Leben³⁾. Bekannt wurde in diesem Zusammenhang insbesondere folgende Stelle im Decretum Gratiani:

"Decimus sextus est, quod si quis fecerit homicidium propter necessitatem evitabilem, poeniteat duobus annis; si inevitabilis esset, in nullo sibi imputatur." 4)

Auch in den den kanonischen Bestimmungen hinzuzuziehenden Bußordnungen der abendländischen Kirche hat der Notstand Anerkennung gefunden. Das galt selbst für Tötungshandlungen, wie sehr die Kirche auch sonst das Blutvergießen verabscheute und hoch bestrafte. Hatte jemand einen Menschen getötet, war er für den Priesterstand nicht würdig, d.h. er war mit dem defectus perfectae lenitatis behaftet.⁵⁾ Davon war sogar derjenige

ne tamen adhibita, quod his non ad delicias, sed ad sustentationem utantur," C 6 X de poenit. 5,38

1) C 10 X de iureiur. 2,24 und C 17 X de iureiur. 2,22

2) C 3 X de furtis, 5,18; s. ferner: "Discipulos, cum per segetes transeundo vellerent spicas et ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt," C 26 Dist.V de consecr. - so Janka, aaO S. 49 und Stammeler, aaO S.20; gegen die Verwertbarkeit dieser Stelle, da sie nicht den Notdiebstahl sondern einen Verstoß gegen das Gebot der Sabbath-Heiligung rechtfertigen sollte (Ausraufen u. Verzehren der Ähren am Sabbath, das von Christus gegen die Pharisäer verteidigt wurde, Ev.Matth. 12.V, 1-6; Mark.23.V, 23-28; Luk. 6.V, 1-5), von Bar, Ges.u.Schuld III, §104, S. 228 FN 380 und Moriaud, Justification, S.102; dies ändert m.E. jedoch nichts an dem zu Grunde liegenden Prinzip "quia coacti fame ..."; C 8 §2, 3, 4 Dist.XLVII

3) C 38 Dist.L

4) canones poenit. §17; vergl. Wasserschleben, Bußordnungen, S.96 ff

5) vergl. Rabe, Die Entwicklung..., S.10

betroffen, der zu Tötungshandlungen im Kriege oder nur mittelbar (z.B. als Richter) beigetragen hat.¹⁾ Im Kriege wurde allerdings nur eine leichte Buße angeordnet, wenn die Tötung ex necessitate erfolgte²⁾; nach rein kanonischem Recht blieb diese Tötung straflos³⁾.

Die im Notstand begangene Tötung hingegen blieb straflos und führte nicht zum Verlust von ordo und beneficium des Priesters.⁴⁾

Auch die Übertretung rein kirchlicher Bestimmungen (z.B. Essen unreinen Fleisches) war erlaubt, sofern sie aus Not begangen wurde.⁵⁾

III. Das germanische und das mittelalterliche Recht.

Wenn man der Frage nachgeht, ob das germanische Rechtssystem den "Notstand" kannte und wie es ihn behandelte, wird man eine Anzahl einzelner Quellen entdecken, die sich damit befaßten. Sie dokumentieren sich in Rechtsätzen, den Rechtsbüchern sowie den zumeist mündlich überlieferten Rechtssprichwörtern, die später teilweise schriftlich festgehalten wurden. Die Quellen behandelten die Notstandsfälle jedoch nur kasuistisch, so daß man heute allenfalls fragen kann, ob diese Fälle nach einem

-
- 1) C X/III qu.8 c.30; c.5,9 X ne cler. vel mon. 3,50
 - 2) "Si quis alium in bello publico occiderit, vel ex necessitate, ubi rem domini sui tuebatur, XL dies ieiunet," Confessionale Pseudo Egberti C.XXIV; verg. Wasserschleben, Bußordnungen, S.310
 - 3) C XXIII qu.1 c.5 und c.8 ("militare non est delictum"); C XXII qu.5 c.13
 - 4) "Fecisti homicidium voluntarie sine necessitate, non inhoneste ...", Corrector Burchardi C.I; vergl. Wasserschleben, Bußordnungen, S.631; "item, si clericus homicidium voluntarie fecerit, debet deponi ab ordine et beneficio et VII annis penitere. Et casualis homicida V annis, si tamen aliqua culpa praecesserit. Sed si homicidium fuerit necessarium, vel quia aliter evadere non potuit, et si culpa aliqua non fuit, non est irregularis," Poenit. Civitatense C.XLVII; vergl. Wasserschleben, aaO S.693
 - 5) "Qui manducat carnem immundam aut morticinam dilaceratam a bestiis, XL dies poeniteat. Si enim necessitas cogit famis, non nocet, quoniam aliud est legitimum, aliud quod necessitas cogit," Poenit.Theodori I 7 §6; vergl. Wasserschleben, aaO S.191

einheitlichen Prinzip behandelt wurden oder nicht. Ein solches meint Stammler¹⁾ entdeckt zu haben, das er den verschiedenen Rechtssätzen entnahm und auf die Formel reduzierte, "daß die in Noth verübte Handlung entschuldbar sei, auch wenn das Recht sie sonst für strafbar erkläre."²⁾ Wenn diese These auch nicht widerlegt werden kann, so läßt sich m.E. doch nicht aus der bloßen Ansammlung dieser Quellen ein solches Prinzip herleiten. Denn die Quellen sind nicht unter einem bestimmten Gesichtspunkt eingeordnet, sondern sie befassen sich mit einzelnen Lebenssachverhalten. Zu jener Zeit bestand auch gar kein Bedürfnis, ein abstraktes Recht wie in einer modernen Kodifizierung zu schaffen. Die Quellen dokumentieren daher nur solche Fälle, die einer konkreten Regelung bedurften. Auch die bekannten Rechts-sprichwörter³⁾ genügen nicht, um aus ihnen "allgemeine Notstandsgrundsätze"⁴⁾ herleiten zu können, da über ihren Anwendungsbereich und ihre jeweilige Verbindlichkeit zu wenig Aussagen bestehen.⁵⁾

Ein Reisender, der Hunger litt und kein Obdach fand, sollte grundsätzlich fremde EBwaren und Früchte an sich nehmen dürfen, um dadurch seinen Hunger zu stillen und sein ermattetes Pferd zu erfrischen. Ein solcher Notdiebstahl blieb ungestraft, wenn der Betroffene nicht mehr als er benötigte, nahm.⁶⁾ Auch die Entwendung fremden Holzes oder anderen Brennmaterials zum Schutze gegen Kälte oder zur Speisenzubereitung sollte nicht zugerech-

1) Stammler, Darstellung... S.21 ff

2) aaO

3) "Not kennt kein Gebot"; "ein besser Recht ist Leibesnot, als Herrn Gebot"; jeder ist sich selbst der nächste"; "Not sucht Brot, wo sie es findet"; "ein Notschlag kein Totschlag"; vergl. Eisenhardt, Deutsches Recht in Sprichwörtern, S.177; Stammler, aaO

4) so aber Rabe, Die Entwicklung... S.11

5) Otto, Pflichtenkollision, S.56

6) Stammler, aaO S.22

net werden.¹⁾ Eine entsprechende Stelle befindet sich im Sachsenspiegel.²⁾ Auch hier wurde die Notstandshandlung auf das Erforderliche beschränkt: das Pferd durfte nur so viel Korn zu sich nehmen, wie es benötigte; mehr durfte der Halter nicht von "dannen vuren". Dies sollte in der Weise bewerkstelligt werden, daß das Pferd mit einem Bein auf dem Weg, mit dem anderen im Kornfeld stehen sollte. Die auf diese Weise zu erlangende Ration wurde als die richtig bemessene angesehen. Auch das Görlitzer Landrecht sah eine solche Rationierung vor!³⁾

Eine besondere Beachtung verdienen auch die kaiserlichen Reichslandfrieden, die in gleicher Weise den Fall des hungrigen Reisenden und seines ermatteten Pferdes regelten. Zu nennen sind vor allem der Reichslandfrieden Kaiser Friedrichs I. vom 18. September 1156⁴⁾ sowie des-

-
- 1) "Qui in itinere constitutus cuiuscunque forsitan campo applicaverit et ad coquendum cibum aut frigoris necessitate compulsus ignem fecerit, cautus sit, ne ignis longius dilabatur. Aut si in spinis, sive in pabulis siccis, in quibus plerumque flamma nutritur, incendium convalescat, ignem cum crescit extinguat. Quodsi se longius flamma extenderit, et messis, aut area, vel vinea, aut domus, sive pomarium incendio concremetur, tantum quantum flamma consumpsit, reddere vel componere compellatur: quia ignem, quem fecerat, neglexit extinguere," Lex. Visig. VIII, 2, 3; VIII, 4, 27
 - 2) "Erlit deme wegevertigen manne sine phert, her muz wol korn sniden unde im geben alse verne, alse herz ge - reichen mag stende in dem wege mit einem vuze. Her en sal abir nicht dannen vuren," Ssp. II, 68
 - 3) "Of eines wechvertigen mannis pert uffte dem wege mude wird, und mit eime vuze an me wege stet, unde mit dem andirn sich in daz corn neigt, unde mit sinem swerte odir mit siner sichel in das cornis so vile snidit, daz er sin pert damite irquiquit; darumme ne darf er nieman bezzerin," Cap. XLI, §2
 - 4) Friderici I. Imperatoris Constitutio de pace tenenda et eius violatoribus: "Quicunque per terram transiens equum suum pabulare voluerit, quanto propinquius secundum viam stans in loco amplecti potuerit ad refec-tionem et reparationem equi sui, impune ipsi equo porrigat. Licitum sit etiam ipsi uti herba et viridi silva: et sine vestatione aliqua quilibet utatur pro sua commoditate et usu necessario;" s. Altmann und Bernheim, Zur Verfassungsgeschichte Deutschlands im Mittelalter, S. 233 Nr. 20; Stammler, aaO S. 23; diese Constitutio stimmt wörtlich überein mit leg. feudorum II, 27 § finalis; vergl. ferner Henrici regis treuga Jul. 1230 Nr. 7 bei Altmann und Bernheim, aaO S. 237, Nr. 8

sen Provinzial Landfrieden für Rheinfranken vom 18. Februar 1179.¹⁾ Man könnte insbesondere aus diesen Bestimmungen, die im ganzen Reich galten, ein allgemeines Notstandsprinzip herleiten. Doch kann m.E. hieraus nicht mehr gefolgert werden, als daß das Problem, wie sich hungrige und frierende Reisende auf den damals sehr mühsamen Wegen auf Kosten anderer stärken durften, landläufig bekannt war und auf Grund offensichtlich häufig vorkommender Streitigkeiten einer ausdrücklichen Regelung bedurfte.²⁾

War der Weg eines Fuhrmannes versperrt oder zu eng und für ihn daher unpassierbar, durfte er ohne Strafe von ihm abweichen und sich über fremdes Gelände fortbewegen.³⁾

Im Falle der Tötung eines Menschen mußte feststehen, daß der Täter mit Willen (voluntate) und ohne Not (non necessario) den anderen getötet hat, um ihn bestrafen zu können.⁴⁾

Ein Tier durfte man töten, wenn man von ihm bedroht oder verletzt wurde. Diese Regelung fand sich in fast allen Volksrechten und Rechtsbüchern wieder.⁵⁾ Aus dem Sachsenspiegel sind hier zwei Stellen anzuführen:

"Slet ein man des veiz icht tot binnen des, daz ez im schaden wil, her blibit ez ane schaden ab herz tar geweren uffe den heiligen, daz in not dar zu brachte,"⁶⁾

"Belemet abir ein man einen hunt adir totet her in,

-
- 1) "Si viator equitans necesse habuerit pascere equum suum, pedem unum ponat in via et falce vel cultro quantum expedit de frugibus resecat et in via equum suum reficiat et inde nihil de frugibus deferat; gramen non incidat, sed in ipso gramine equum suum quod satis est pascat. Qui aliter fecerit, pacis violatur erit," s. Altmann und Bernheim, aaO S.234 Nr.13
 - 2) so auch von Bar, Ges.u.Schuld III, §104, S.229 FN 382; vergl. Stammler, aaO S.22, 23
 - 3) "Si iter clausum aut constrictum sit, rumpenti sepem aut vallum nulla calumnia moveatur," Lex Visig. VIII, 4, 24
 - 4) "... si autem omnibus manifestum sit, quod non necessario, sed voluntate illum occiderit...", Constitutio de pace tenenda vom 18.September 1156 bei Altmann und Bernheim, aaO S.230 Nr.1
 - 5) Stammler, aaO S.24
 - 6) Ssp. II, 62 §2

durch daz her in bizen wil adir daz her sin vie bizit uf der strazen adir uf deme velde, her blibit ez ane wandel, geweret herz uf den heiligen, daz her im anders nicht gesturen konde." 1)

Ähnlich lauten die Quellen der verschiedenen Volksrechte.²⁾ Diese von Tieren ausgehenden Angriffe werden allgemein unter dem Notstand behandelt.³⁾ Streng genommen müßte aber aus heutiger Sicht dieser Fall unter dem Begriff der Notwehr erörtert werden, da nämlich als der eigentliche Missetäter das T i e r s e l b s t angesehen wurde; der angreifende Täter war also das Tier.⁴⁾ Das Rechtsbuch nach Distinctionen sprach ja auch von "nodwer".²⁾ Es war dies eine Besonderheit des Mittelalters, den Täter unmittelbar im Tier zu erblicken.⁵⁾

1) Ssp. III, 48 §4; vergl. auch Friese, Das Strafrecht des Sachsenspiegels, S.251

2) Lex Burgund. XXIII,2: "Si quodlibet animal, dum de messe, prato, vinea, aut area annonaria expellitur, impalaverit, nihil ab eo qui expulit, requiratur." Lex Alam. LXXXIV,5: "Si quis canem, qui curtem defendit alicuius, occiderit, uno solido componat. Et si ipse canis eum per vestimentum adprehenderit, et eum quasi volens percusserit, et mortuus fuerit: iuret ut per invidiam non fecisset nisi ad defendendum; donet alium catellum qui iugo transpassare possit." Lex Baiuvar. XIX,10: "Si autem canis per vestimentum aut per membrum hominem tenuerit, et de manu eum percusserit, ut moriatur, similem reddat, et amplius non requiratur. Et dominus canis quod canis fecit componat medietatem ac si ipse fecisset. Si hoc noluerit, canem non requirat."

Schwabenspiegel, C 278: "Unde ist aber, daz ein hunt einen man anvellet, unde in bizet in sin gewant oder in sine bloze hut, sva daz an dem sinem libe ist unde flehet er in ze tode: er sol im als einen guoten geben als jener war, unde niht phenninge."

Rechtsbuch nach Distinctionen II,9,3: "Sleth eyne man eyne hund zcu tode, eyne bern, affen odder ander thire, in des als is ome schaden wel: he blibet dez ane wandel, ab her daz getan habe in nodwer."

3) Friese, aaO S.251; Hammer, Die Lehre vom Schadensersatz, S.70; Stammler, aaO S.24

4) Friese, aaO S.60, S.29 FN 1, S.32 FN 19 m.w.N.; die Lex Alam. spricht vom canis "quasi volens..." (FN 2)

5) "Vie verbort kein gewette gegen deme richter an siner tat" (das Vieh verwirkt keine Strafe gegen den Richter durch seine Tat), Ssp. II 40 §3; bei Behrend, Stendaler Urtheilsbuch, XVII, S.77, ist die Rede von einem Pferd, "dat den mort heft ghedan." Vergl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II, S.555; von Amira, Thierstrafen, S.585; die Haftung des Halters war jedoch nicht ausgeschlossen, wenn er das Tier wiederaufnahm, Ssp. II, 40 §2; Friese, aaO S.60 ff; Brunner, aaO S.555 ff

IV. Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V.
(Constitutio Criminalis Carolina) von 1532 und die
gemeinrechtliche Doktrin.

1. Die Peinliche Gerichtsordnung von 1532

Sucht man in dem bedeutendsten Gesetzeswerk des ausgehenden Mittelalters und der beginnenden Neuzeit, der "Constitutio Criminalis Carolina" (i. folg. CCC) Kaiser Karl's V. von 1532, danach, wie darin das Notstandsproblem gelöst wurde, dann wird man feststellen, daß sich die CCC auf den Notdiebstahl,¹⁾ den Diebstahl an "geweichten dingen und stetten"²⁾ und die Tötung eines unbeteiligten Dritten bei der rechtmäßigen Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs³⁾ beschränkte. Weitere Notstandsfälle lassen sich in der CCC nicht finden.⁴⁾ Das Gesetz fand deswegen auch bald Kritik; so bezeichnete Kress den Art. 166 CCC als "confuse et obscurus"⁵⁾ und Boehmer als "articulus satis confuse conceptus"⁶⁾. Noch schärfer äußerte sich später Janka, der dem Schöpfer der CCC, Schwarzenberg, Unsicherheit vorwarf, da er sich auf Grund seiner Skrupel nicht einmal zu einer ausdrücklichen Strafflosigkeit des Täters habe durchringen können.⁷⁾ Doch erscheint m.E. der Not-

1) Art.166: "Item so jemandt durch recht hungers not, die er, sein weib oder kinder leiden, etwas von essenden dingen zu stelen geursacht würde, wo dann derselb diebstall tapfer groß vnd kündlich wer, sollen abermals richter und vrtheyler (als obsteht) radts pflegen. Ob aber der selbigen dieb einer vnsträflich erlassen würd, soll im doch der kläger vmb die klag, deßhalb gethan nichts schuldig sein."

2) Art.175: "Item es sollen auch die diebstall, so an geweichten dingen vnd stetten begangen, die hungers nott, auch jugent vnd thorheyt der personen, wo der eyns mit grundt angezeygt würde, auch angesehen, vnd wie von weltlichen diebstalen deßhalb gesetzt ist, darinn gehandelt werden."

3) Art.145: "Item so eyner inn eyner rechten bewisen notweer wider seinen willen eynen vnschuldigen mit stichen, streychen, würffen oder schiessen, so er den nöttiger meynt, treff vnd entleibt het, der ist auch von peinlicher straff entschuldigt."

4) Rabe, Die Entwicklung, S.11; Stammeler, Darstellung, S.26 ff

5) Kress, Art.166 CCC, Anm.1

6) Boehmer, Meditationes, Art.166 §1

7) Janka, Der strafrechtliche Notstand, S.65

diebstahl in Art. 166 CCC und der Totschlag in Not (Art. 145 CCC) keineswegs so "konfus" geregelt, wie jene Autoren meinten.¹⁾ Der Art. 166 CCC erinnert an das kanonische Recht über den Notdiebstahl²⁾, während der Art. 145 CCC dem römischen Fall der Tötung eines Dritten nachgebildet ist³⁾.

Die Notstandshandlung nach Art. 145 CCC wurde in der Regel fahrlässig begangen, während die damit gleichzeitig begangene Notwehrhandlung vorsätzlich begangen wurde. Nach Kress fiel unter Art. 145 CCC auch der Fall, daß der Dritte für eine Seite Partei nahm oder auf "impertinente Art die Partheyen zu scheiden" versuchte und auf diese Weise zu Tode kam: "Nam hic omnino obtinet proverbium: Wer sich in Gefahr gibt, verdirbt darinnen."⁴⁾ Ein hierzu passender Fall wurde vor nicht allzu langer Zeit vom BGH entschieden.⁵⁾

2. Die gemeinrechtliche Doktrin

Die gemeinrechtliche Doktrin knüpfte ihre Notstandslehre an den Notdiebstahl (Art. 166 CCC) und den Totschlag in Not (Art. 145 CCC).⁶⁾ Gelegentlich wurde auch die Abtreibung zur Rettung des Lebens der gefährdeten Mutter behandelt.⁷⁾ Zunächst kam die Lehre aber nicht über den in der CCC geschaffenen Notstandsbegriff hinaus.⁸⁾ Die Juris-

-
- 1) Die Lex Bambergensis von 1507 (Art. 192) und Lex Brandenburgensis von 1517 (Art. 194) bestimmten die Bestrafung des Diebes genauer als Art. 166 CCC
 - 2) s.o. II, S. 7 und 9
 - 3) s.o. I, S. 4; Kress, Art. 166 CCC, Anm. 3, "nam ad sui necessariam defensionem licet quoque scienti volenti tertium occidere..."
 - 4) Kress, Art. 145 CCC, Anm. 4
 - 5) BGH NJW 1978, 2028 (zu §§ 823, 227 BGB): Ein Gastwirt hatte sich mit einem Pistolenschuß gegen einen angreifenden "Rocker" zur Wehr gesetzt, wobei ein Querschläger einen an der Auseinandersetzung unbeteiligten Gast traf und verletzte. Nach Art. 145 CCC wäre der Wirt entschuldigt gewesen. Der BGH nahm aber eine "Gesamtwertung" vor und hielt dem Wirt entgegen, daß er hier auf die Schußwaffe hätte verzichten müssen, da er sonst andere Gäste gefährdete.
 - 6) s. Rabe, aaO S. 11 ff; Schaffstein, Allg. Lehren, S. 83
 - 7) Schaffstein, Allgemeine Lehren, S. 83
 - 8) Janka, aaO S. 66 ff; Rabe, aaO; Otto, Pflichtenkoll., S. 57; Stammler, aaO S. 25 ff

prudenz dieser Zeit beachtete die CCC vor ihrer Übersetzung in die lateinische Sprache überhaupt nicht.¹⁾ Dennoch sollte aber bald die erste w i s s e n s c h a f t - l i c h e Betrachtung dieser Notstandsfälle zu Tage kommen, für die in Deutschland vor allem Carpzow²⁾ und Berlich³⁾ maßgeblich waren.⁴⁾

a) Die italienische Rechtsschule

Früher als in Deutschland hatte man sich in Italien des Notstandes angenommen; die Lehren fanden aber bald auch in Deutschland Eingang. Von dem Glossator B a r t o l u s rührte folgender Satz:

"Quod quis potest destruere alienum, ne destruat suum, quia hoc videtur facere magis causa defensionis, quam offensionis." 5)

Eine solche Formulierung mußte freilich auch die Notwehr mitumfassen.

Von der italienischen Schule sind insbesondere C l a r u s⁶⁾ und F a r i n a c i u s⁷⁾ zu nennen. In Claro's bedeutendsten Werk, den "Sententiae", deren 5. Band sich mit dem Strafrecht befaßt, wird der Notstand beim Notdiebstahl und dem Totschlag behandelt. Über den Notdiebstahl schrieb Claro:

"Quandoque etiam excusatur quis à poena furti propter necessitatem, nam tempore extremae necessitatis licitū est furari, et est communis opinio ..." 8)

Während Art. 166 CCC sich seinem Wortlaut nach auf die

1) Stammler, aaO S.28

2) Carpzow, Practica nova, pars II qu.83 u. 38, 50

3) Berlich, Conclusiones practicabiles, pars V c.44 u.41

4) Stammler, aaO S.27

5) L.49 §1 D. 9,2; vergl. Stammler, aaO

6) Biographie vergl. C.Bruno, Prospetto storico del diritto penale, S.45; Fiorelli, La tortura giudiziaria II

7) Farinacius, Praxis et theoriae crimin., pars IV, lib. 1 cons.II, c. 62

8) Claro, Sententiae, Lib.V, §furtum, Nr.24

Hungersnot beschränkte, sprach Claro allgemein von "necessitas", also von j e d e r Not. Außerdem erklärte Claro den Nottäter für straflos ("excusatur quis à poena furti"), wohingegen Art. 166 CCC sich dazu nicht äußerte, sondern die Entscheidung in das richterliche Ermessen stellte ("sollen abermals richter und vrtheyler radts pflegen").

Die Tötung eines Dritten, die durch die Abwehrhandlung gegen den Angreifer entstand, hielt Claro für erlaubt, wenn eine andere Verteidigung nicht möglich war.

"Quaestio: Et an liceat occidere alienum non insultantem, si aliter me ab insultante defendere non poteram? ..Adde, non solum licet insultato occidere ipsum insultantem, sed etiā licet occidere alienum nō offendentem, si ab illo insultante se aliter defendere nō poterat, nisi istum interficeret ..." 1)

Nach Claro blieb desweiteren der durch Drohung Genötigte straflos, wenn er deshalb ein Verbot übertrat:

"Quaero modo, nunquid metus, aut vis in delictis excuset? Responso sic, (et) ideo delinquens propter metum, vel coactē non punitur, et est communis opinio ..." 2)

Insbesondere an dieser Stelle in seinen "Practica Criminalia" ist Claro deutlich über den Stand der CCC gediehen. Wenn er auch den Notstand allgemein noch nicht definierte, so entdeckte er doch schon "vis" und "metus" als ein Charakteristikum des Notstandes. Wesentlich weiter ist die Lehre der "contrainte morale" im 19. Jahrhundert auch nicht gediehen.³⁾

b) Das gemeine Recht

Wesentlich bescheidener als in Italien hatte die Behandlung des Notstandes in Deutschland ausgesehen, bis dann Carpzow und Berlich durch extensive Auslegung der Art.

1) Claro, Sententiae, Lib.V, §homicidium, Nr.31; vergl. C.2 C ad leg.Corn. de sicc. 9,16, s.o. I, S.4

2) Sententiae, Lib.V, §fin. practica crim. qu.60, Nr.17

3) s.u. Teil 3, III 1 b, S.138 ff

166 und 175 CCC die wissenschaftliche Erörterung des Notstandes vorantrieben und auf die Ebene der italienischen Juristen brachten. Freilich mußten sie sich an den Rahmen dieser Bestimmungen halten¹⁾, beschränkten sich demnach auf eine Auslegung der Artikel. Doch verstanden sie es, Art. 166 CCC so zu interpretieren, daß er den damaligen Zeitbedürfnissen gerecht zu werden schien. Diese extensive Auslegung wurde dann alsbald üblich und von der Naturrechtslehre weitergeführt.²⁾ Der Notdiebstahl wurde nicht nur auf die Fälle von Hungersnot und auf die Wegnahme von Nahrungsmitteln beschränkt³⁾, sondern - entsprechend den Gedanken im kanonischen Recht⁴⁾ - von den Fällen der "necessitas famis" über die "necessitas nuditatis", den Diebstahl von essbaren und trinkbaren Lebensmitteln ("edulia" und "potabilia") und über Sachen, durch deren Verkauf Lebensmittel eingelöst werden konnten, erweitert,⁵⁾ bis sich schließlich ein allgemeiner Satz herausgebildet hat, nach welchem ein Notstand dann anzunehmen war, wenn jemand zur Rettung seines eigenen Lebens fremdes Eigentum verletzen mußte, um nicht sein Leben zu opfern.⁶⁾

(1) Diebstahl in rechter "hungers nott"

Carpzow beschränkte die Hungersnot in Art. 166 CCC nicht auf den bloßen Mangel an Lebensmitteln, sondern stellte ihr auf Grund der "ratio identitatis" den Mangel an Bekleidung gleich.⁷⁾ Sodann führte er aus, daß es kei-

1) Stammer, aaO S.28

2) Janka, aaO S.67; Schaffstein, aaO S.86 ff

3) Stammer, aaO

4) s.o. II, S.9

5) Janka, aaO

6) Janka, aaO; Stammer, aaO S.29

7) "...quin tamen de nuditate corporis, si nempe propter eam quis vestem furatus fuerit, idem iudicium esse debeat, dubitandum non est ... Cui accedit ratio identitatis, quae furem a poena suspendii eximit; etenim haec non minus in nuditate corporis, quam periculo famis obtinet ...", Practica nova, pars II, qu.83, Nr.46

nen Unterschied mache, wenn der in Hungersnot geratene Dieb nicht unmittelbar Lebensmittel entwendete, sondern andere Sachen wegnahm, die er durch Verkauf in Geld umsetzen konnte, um sich danach durch den Erlös die notwendigen Lebensmittel zu beschaffen.¹⁾

(2) Von "essenden dingen"

Carpzow ging jedoch noch weiter. Über die Lebensmittel, die in Art. 166 CCC mit "von essenden dingen" bezeichnet wurden, schrieb er, daß sie nicht die einzigen Gegenstände sein sollten, die in Hungersnot entwendet werden durften. Art. 166 CCC sollte auch auf den Diebstahl anderer Gegenstände anzuwenden sein, wenn die Tat aus Hungersnot erfolgt war.²⁾

Dieser Auslegung stimmten damals Berlich³⁾, Bocer⁴⁾ und Harpprecht⁵⁾ zu; im 18. Jahrhundert folgten ihr dann Boehmer⁶⁾, Kress⁷⁾, Nettelblatt⁸⁾, Quistorp⁹⁾ und Stryk¹⁰⁾¹¹⁾

-
- 1) "...parum refert, an ex necessitate famis cibaria vel obsonia fur obstulit; an vero alias res quasvis, ex quarum venditione pecuniam redigere, ac postea panem sibi comparare potest: sufficit enim, quod necessitate famis coactus, furtum comiserit," Practica nova, pars II, qu.83, Nr.47
 - 2) "...eosque, qui necessitatis causa edulia furantur, a poena ordinaria exemptos esse velit (i.d. art.166); ... non male tamen sanctio ista ad furtum aliarum quoque rerum, ex famis necessitate commissum, extenditur...", Practica nova, aaO Nr.48; Carpzow nahm auch auf Claro, Sent.V, furt. Nr.24 Bezug
 - 3) Conclusiones pract. V, C.44 Nr.42
 - 4) Tract. de furtorum poenis crim., Cap. II Nr.177
 - 5) § furtum, l. Nr.16
 - 6) Meditationes, Art.166 CCC, §3; Observationes, qu.83 obs.2
 - 7) Art.166 CCC, Anm.4 ff
 - 8) De necessitate ...§19
 - 9) Grundsätze d. deutsch. peinl. Rechts I, §§374, 376
 - 10) De iure necessitatis, Cap.I §§5 ff; er kam zu der weitesten Formulierung des Notstandes als "vis compulsiva premens et cogens, id facere, quod alias non faceremus licitumque reddens id, quod alias secundum lege's illicitum est," aaO §6
 - 11) vergl. ferner Abegg, Lehrb. der Strafr.Wiss. I, S.463; Janka, aaO S.67; Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht, S.488; Mittermaier, Lehrb. Feurbach's, 14. Aufl., Noten I zu §321; Rosshirt, Lehrbuch des Criminalrechts, S.53 ff; Stammler, aaO S.29; Tittmann, Handbuch d. Strafr.Wiss. I, S.173, N.O.

(3) Rechtsfolge: "sollen abermals richter und vrtheyler radts pflegen"

Im Unterschied zu Clarus¹⁾ kamen Carpzow und Berlich bei ihrer Auslegung von Art. 166 CCC nicht zur Strafflosigkeit des Nottäters, sondern sahen lediglich eine Strafmilderung vor²⁾, obschon der Rahmen des Art. 166 CCC die Folge von Strafflosigkeit grundsätzlich zuließ: "...sollen abermals richter und vrtheyler radts pflegen. Ob aber der selbigen dieb einer vnsträfflich erlassen würd ...". Carpzow schrieb hierzu:

"Bene notandum est, quod dixi in regula antea posita, furem, ex necessitate famis coactum furari, a poena ordinaria exemptum esse: unde sequitur, non omnem prorsus poenam hoc casu cessare. Etenim licet necessitatis famis reum a poena suspendii liberet; is tamen propterea ab omni poena nequaquam immunis est, sed mitiori quodam supplicio, pro arbitrio iudicis, affici potest." 3)

Berlich führte aus:

"...item...poena furti ordinaria cessatsi quis necessitatis causa esculenta et postulenta furatur." 4)

Nur in Fällen ganz besonderer Not sollte von der gesamten Strafe nachgesehen werden:

"...quamvis non negem ob furtum modicum in casu extremae necessitatis perpetratum, omnem quandoque poenam remitti posse, quin (et) iudicem reum prorsus absolvere tene-ri..." 5)

Den Grund der mildernden Strafe beim Notdiebstahl sah Carpzow darin, daß Diebstahl nur an fremden Sachen möglich sei, aber "necessitas tempore omnia debent esse communia." Insoweit übernahm er demnach die kanonische Lehre.⁶⁾

1) s.o. a), S.18

2) vergl. Otto, aaO S.57; Rabe, aaO S.11,12; Stämmler, aaO S.28; so auch Farinacius zu dem Fall, daß jemand durch Drohung zu einer Übertretung bestimmt wurde, De poena temper. qu.97 c.I, 23,24

3) Carpzow, Practica nova, pars II, qu.83, Nr.50

4) Berlich, Conclusiones pract., pars V C.41

5) Carpzow, aaO, allerdings mit der Einschränkung: "cum-primis si in crimine deprehensus, per dies aliquot in carcere detentus fuerit."

6) s.o. II, S.7

c) Die Voraussetzungen der "necessitas" bei Art.166 CCC

Der Begriff der Not wurde von der gemeinrechtlichen Doktrin näher eingegrenzt.

(1) Notwendig war zunächst, daß es sich um eine e c h t e Notlage handelte. Die in der Not begangene Tat mußte zur Erhaltung der Existenz unumgänglich notwendig gewesen sein.¹⁾

Grundsätzlich mußte es sich um eine Hungersnot handeln, wie sich eindeutig aus Art. 166 CCC ergibt. Dementsprechend formulierte auch Carpzow seine "regula generalis"

"Quicumque necessitate f a m i s coactus furtum committit, poena ordinaria affici non debet." 2)

Doch wandte, wie bereits ausgeführt, die h.M. Art.166 CCC generell auf alle Notfälle an, in denen die menschliche E x i s t e n z schlechthin gefährdet war.³⁾

(2) Stand auf der einen Seite die Existenz in Gefahr, so durfte andererseits nur in fremdes E i g e n t u m eingegriffen werden, denn Art. 166 CCC erlaubte auch bei weitester Auslegung keine anderen Rechtsgutsverletzungen. Erst in der Naturrechtslehre wurde unter dem Kapitel "homicidium" der Totschlag zur Rettung aus Hungersnot erörtert (homicidium in summa famis necessitate)⁴⁾.

-
- 1) "...pro explicatione huius regulae notandum primo, illam proprie famis dici necessitatem, quando periculum vitae imminet, cui aliter quam per eduliorum furtum subveniri non potest," Carpzow, aaO; vergl. Bocer, De furt., C.2, Nr.166; Koch, Institutiones II, 1 §174; Schott, De furte...,§8; Stryk, De iure necess., II §7
 - 2) Carpzow, aaO Nr.42; Hervorhebung durch Verfasser
 - 3) Carpzow, aaO Nr.47; Koch, aaO; Kress, aaO Art.166 CCC, Anm.4; Schott, aaO §20; ferner Abegg, Lehrbuch § 352 N 723; Tittmann, Handbuch §89, Not. O; a.A. Simon, De ablatione rei alienae in casu necessitatis, thes.IV; Walch, De furto fame dominante facto §8, der Getränke nicht unter "essende Dinge" subsumierte, obwohl er den Geist des Gesetzes sah; vergl. Stammler, aaO S.31
 - 4) Boehmer, Meditationes, Art.137 §3 II; vergl. Schaffstein, Allg.Lehren, S.89

(3) Ob es neben der Rettung der e i g e n e n Existenz erlaubt war, auch für einen D r i t t e n , der in Not geraten war, einen Diebstahl zu begehen (Nothilfe), war umstritten. Nach der überwiegenden¹⁾ Meinung der späteren gemeinrechtlichen Lehre war ein Diebstahl in Form der Nothilfe zu Gunsten einer dritten Person erlaubt, sofern diese mit dem Täter in verwandtschaftlicher Beziehung stand, oder wenn irgendein anderes Obhutsverhältnis zu dem Dritten bestand.²⁾ Diese Auslegung scheint m.E. dem Geiste der CCC entsprochen zu haben, da die Aufzählung von "weib" und "kinder" in Art.166 nicht enumerativ sondern explicativ zu verstehen ist. Es gab jedoch auch Stimmen, die Art.166 CCC auf die Not j e - d e r dritten Person anwenden wollten³⁾, bis hin zu solchen, die dem Wortlaut des Art.166 entsprechend nur Nothilfe zu Gunsten der Ehefrau und der eigenen Kinder zuließen.⁴⁾

(4) Erörterung fand auch die Frage, ob es einen Einfluß auf die Bewertung der Tat habe, wenn der Täter den Notstand v e r s c h u l d e t hatte. Ein Teil der Autoren hielt das Verschulden für unerheblich.⁵⁾ Die gegen-
teilige Auffassung vertraten Schott⁶⁾ und Koch⁷⁾. Mit Stammler⁸⁾ ist m.E. davon auszugehen, daß jedenfalls aus dem Wortlaut der CCC keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß das Verschulden an der Notstandslage berücksichtigt werden mußte. Nach kirchlicher Auffassung wäre es ohnehin unvertretbar gewesen, den Hunger leidenden Dieb auf Grund verschuldeter Armut zu bestrafen. Der

1) s. Stammler, aaO

2) Schott, aaO; Walch, aaO §11; Grolmann, Grundsätze der Criminalrechtswiss., §138, Note a; vergl. Stammler, aaO S.32

3) Boehmer, Meditationes, aaO §3 unter Berufung auf die Notwehrvorschrift in Art.150 CCC; Schultz, De delicto pro amico; Tittmann, aaO I §89; vergl. Stammler, aaO

4) zuletzt Feuerbach, Lehrbuch, §321, Anm.2

5) Boehmer, aaO Art.166 §7; Simon, De ablatione..., thes. XVI; Walch, aaO, §17

6) Schott, aaO §9

7) Koch, aaO II, cap.I §174

8) aaO, S.33

Streit um diese Frage hielt auch in den folgenden Jahrhunderten an¹⁾, und selbst in der Gegenwart²⁾ führt diese Frage immer wieder zu Überlegungen, obgleich das Problem in Deutschland durch die Entscheidung des Gesetzgebers als "ausgestanden" angesehen werden müßte.³⁾

d) Die Rechtsnatur der "necessitas"

Zuletzt ist noch ein Blick auf die "Natur" des Notstandes während der gemeinrechtlichen Doktrin zu werfen. Es standen sich vornehmlich zwei Ansichten gegenüber, die eine, welche die Notstandstat als in Ausübung eines dem Betreffenden zustehenden Rechtes (Rechtfertigung)⁴⁾ und die andere, welche die Handlung zwar als Rechtsverletzung, aber den Täter als "entschuldigt" betrachtete⁵⁾.

Haunold betrachtete den "Notstand" als einen Unrechtsausschließungsgrund⁴⁾. Bei ihm wurde er unter dem Kapitel der indirekten Tötung behandelt. Während die direkte, d.h. absichtliche Tötung eines Unschuldigen nach Haunold nie erlaubt war, konnte die indirekte Tötung⁶⁾ (d.h. mit einer Art *dolus eventualis*) gerechtfertigt sein, wenn sie "necessitate urgente" erfolgt war. So durfte sich z.B. ein mit gezücktem Schwert Verfolgter nicht seinerseits mit dem Schwert den Weg durch eine Menschenmenge freimachen und auf sie einschlagen (direkte Tötung). Wohl aber durfte er dabei ein Kind niedertreten, wenn es sich ihm in den Weg stellte, und zwar auch auf die Gefahr hin, daß es dabei umkäme.

-
- 1) für die Zeit der deutschen Partikulargesetzgebungen s. Janka, aaO S.248 ff
 - 2) für das Recht in den Niederlanden s.u. Teil 3 IV 2c (2) S.220 ff
 - 3) vergl. BayObLG NJW 1978, 2046; Dreher-Tröndle, StGB § 34, Rdnr.6; Henkel, Notstand..., S.135 ff m.w.N.; Schönke-Schröder, StGB §34, Rdnr.42; in §35 StGB ist zwar nur noch von der Verursachung der Notstandslage die Rede, wodurch gegenüber §54 RStGB (Verschulden) aber keine Änderung eingetreten ist, Schönke/Schröder, StGB §35, Rdnr.26 m.w.N. (str.)
 - 4) Boehmer, aaO, Art.166 §1; Haunold, Tract., II.Cap.IV, Controvers.III.Nr.618 ff; Leyser, Medit., spec.537, 1.2; Schott, aaO, §14
 - 5) Fritsch, De praesidio necessitatis..., Tract.VI; Matthäus, De criminibus, lib.47 Dig.Tit.I, de furtis, c.I Nr.7; ders., aaO lib.48 Dig.Tit.XVIII, de poenis, c.IV Nr.14; vergl. Stammler, aaO S.33
 - 6) Quando nam liceat indirecte occidere innocentem

Haunold hielt den drohenden dem zugefügten Schaden gegenüber und stellte für die Rechtfertigung darauf ab, wie weit der drohende Schaden zumutbar war ("lex charitatis"). Eine eigentliche Abwägung nahm er nicht vor. Die Tötung sollte erlaubt sein "ad evitandum torturam, carcerem gravem, imo ad evitandum damnum bonorum temporalium."¹⁾

Die Rechtfertigung der im Notstand begangenen Tat begründete Haunold folgendermaßen: "Iniuria" bedeute die Verletzung eines subjektiven Rechts. Im Notstand kollidieren zwei subjektive Rechte, wobei eines verletzt werden müsse. Dann sei die Tat eigentlich rechtswidrig. Doch handelte es sich nach Haunold beim Notstand um eine unechte Kollision zweier Rechte, da er die subjektiven Rechte für bedingt erklärte.²⁾ Nur wenn es der Betroffene verteidigen konnte, sollte es bestehen. Wenn zwei Rechte kollidierten, bestand das subjektive Recht beim Schwächeren nicht³⁾. So durften zwei vom Feind Verfolgte, die auf einer engen Brücke zusammentrafen, beide versuchen, das andere Ufer auch auf die Gefahr hin, den anderen dabei in's Wasser zu stoßen, zu erreichen. Es lag dann keine Rechtsgutsverletzung vor.

Fritsch ging hingegen von der Rechtswidrigkeit der Notstandstat aus.⁴⁾ Die Not könne nicht zu einer Rechtfertigung führen.⁵⁾ So sei auch der Diebstahl in Hungersnot nicht gerechtfertigt, "quod furtum toto genere per se et semper sit turpe."⁵⁾ Durch die Not sei allerdings die Willensfreiheit eingeschränkt, womit die culpa und malicia entsprechend verringert sei. Da die Willensfrei-

1) Haunold, Tract., aaO

2) aaO Nr.626

3) "Nam ius ad illum locum occupandum non est absolutum secundum se, sed conditionatum, si habet vires sufficientes in praesentia," aaO; zu einer ähnlichen Auffassung des Rechtes des Stärkeren kam Stammeler bei der Kollision gleichrangiger Interessen, aaO S.76,77

4) De praesidio..., Tract.VI, Sect.VII.Concl.II

5) "Necessitas non facit licitum, quod iure naturae est illicitum," aaO

heit sich jedoch nicht völlig ausschließen lasse, könne auch keine völlige Straffreiheit sondern nur Strafmilderung eintreten, deren Höhe sich "secundum necessitatis et culpae gradum" bestimme.¹⁾

Auch Matthäus ging wie Fritsch von der Rechtswidrigkeit der Tat aus.²⁾

Ob eine solche Differenzierung nach unserer heutigen Auffassung von rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand möglich ist, erscheint m.E. zweifelhaft.³⁾ Die Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung setzt zunächst eine klare Herausarbeitung des Schuldbegriffs und des Unrechts voraus, die aber erst im 19. Jahrhundert ihren Anfang nahm. Damals fehlte es noch an einer exakten Differenzierung. So versuchte z.B. Boehmer sowohl den Nachweis der Rechtmäßigkeit der Notstandstat (licita) als auch den Nachweis des fehlenden Willens beim Täter und damit des Fehlens der Zurechenbarkeit zu erbringen.⁴⁾

V. Die Lehre des Naturrechts und die Aufklärung.

Im 17. und mit Beginn des 18. Jahrhunderts wirkten sich die Gedanken des Naturrechts auch auf die Behandlung des strafrechtlichen Notstandes aus. Nachdem bereits durch die ältere gemeinrechtliche Lehre, die sich bei der Notstandserörterung hauptsächlich auf die Sondertatbestände der CCC beschränkt hatte, die wissenschaftliche Bearbeitung des Notstandes eingeleitet worden war, führten die Wissenschaftler der Aufklärung und Naturrechtslehre den Notstand weiter, indem sie von allgemeinen philosophischen Standpunkten der Naturrechtslehre ausgingen.

1) Fritsch, aaO

2) s.u. V,2, S.29

3) bejahend Stammler, aaO S.30

4) s.u. V,5, S.34; vergl. Schaffstein, Allg.Lehren, S.90; andererseits unterschied Fritsch ausdrücklich zwischen Notstand und Notwehr, wobei er letztere als einen Rechtfertigungsgrund ansah, dies aber beim Notstand bestritt, aaO

Gemeinsam war allen Lehren die Forderung nach Strafflosigkeit einer im Notstand begangenen Tat¹⁾; zum Teil beschränkten sie sich noch auf den Notdiebstahl. Bald sollte aber ein neuer Fall hinzutreten, nämlich die Kollision zweier Menschenleben, von denen nur eines gerettet werden kann. Als Beispiel wurde zumeist der Fall des Karneades, den Cicero wiedergegeben hatte²⁾, zitiert: Zwei Schiffbrüchige versuchen, sich auf einer im Wasser treibenden Planke zu retten, die jedoch nur einen der Schiffbrüchigen zu tragen vermag. Darauf stößt der eine den anderen Schiffbrüchigen von der Planke und rettet so sein Leben.

Für das Naturrecht war der Notstand nicht nur ein "sittliches Prinzip", dem sich alle Triebe unterzuordnen haben, sondern gleichzeitig ein "höchst naturalistisches, in dem das Recht vor gewissen Elementaräußerungen des Lebens" zurückweichen muß.³⁾ Freilich handelte es sich dabei nicht um eine "Resignation des Rechts"⁴⁾, sondern um seine Anwendung außerhalb der normalen Lebenslage. Charakteristisch war für diese Zeit das Abstellen auf den natürlichen Selbsterhaltungstrieb, auf dem der Notstandsgedanke beruhte, und der von der Rechtsordnung berücksichtigt werden mußte.⁵⁾ Hier wurde kanonisches Gedankengut weitergeführt - freilich mußte das egoistische Selbsterhaltungsprinzip der christlichen Theologie fremd sein. Die Naturrechtslehre legte jedoch den Grundstein für eine Notstandslehre, die sich von den kasuistischen Einzeltatbeständen löste und sich als einen Teil des a l l g e m e i n e n Strafrechts erkannte.⁶⁾

1) s. Otto, Pflichtenkollision, S.57 ff

2) Cicero, De officiis III,23, Libri tres, Leipzig 1901

3) Oehler, aaO 1951, 490

4) Oehler, aaO

5) v.Bar, Ges.und Schuld III, §106, S.232 ff; Schaffstein, Allg.Lehren, S.85 ff

6) s. v.Bar, aaO; Janka, Der strafrechtl.Notstand, S.76 ff; Oehler, aaO; Otto, aaO S.59; Rabe, Die Entwicklung ..., S.13 ff; Stammler, Darstellung..., S.30 ff

1. Hugo Grotius

Als erster Vertreter dieser neueren Lehre ist der Niederländer Hugo Grotius zu nennen.¹⁾ Er behandelte den Notstand aber noch am Notdiebstahl.²⁾ Nach ihm begründete der Notstand einen besonderen Ausnahmezustand:

"...quia in omnibus legibus ac proinde et in lege domini summa ille necessitatis videtur excepta." ³⁾

Grotius erklärte diesen Ausnahmefall folgendermaßen: Vor der Existenz von Privateigentum habe Gütergemeinschaft bestanden, welche jedoch mit der Aufteilung in Privateigentümer ihr Ende genommen habe. Dennoch konnte nach Grotius dieser Urzustand von Gemeinschaftseigentum wiederaufleben, was in äußerst schwerer Not der Fall sei.⁴⁾ Hierbei sei nämlich auf die Absicht derer abzustellen, die zuerst das Privateigentum eingeführt haben. Danach sei der Billigkeitsgrundsatz ("aequitas naturalis") so weit wie möglich zu beachten gewesen.⁵⁾

Diese Vorstellung, daß in höchster Not das Gemeinschaftseigentum wiederauflebe, geht schon auf das kanonische Recht zurück ("in necessitate omnia sunt communia").⁶⁾ Grotius sah diesen Gedanken jedoch unter einem anderen Blickwinkel. Das Notrecht leitete er aus der ursprünglichen Gemeinschaft der Güter ab, mit der das später entstandene Privateigentum belastet sei.⁷⁾ Nach der christlich-kanonischen Auffassung bestand jedoch der

-
- 1) vergl. auch Rommen, Die ewige Wiederkehr..., S.86 ff
 - 2) Grotius, De iure belli ac pacis, lib.II, cap.II §IV; von Bar erklärte diese Einschränkung damit, daß es Grotius nur auf das Völkerrecht ankam, die Benutzung von Sachen, Orten und Flüssen zu bestimmen, v.Bar, Gesetz und Schuld III, §106, S.232
 - 3) Grotius, aaO §VI,2
 - 4) "Hinc primo sequitur, in gravissima necessitate reviviscere ius illud pristinum rebus utendi, tamquam si communes mansissent, quia in omnibus legibus ac proinde ei in lege domini summa ille necessitatis videtur excepta," Grotius, aaO §VI,2
 - 5) "Spectandum enim est, quae mens eorum fuerit, qui primi dominia singularia introduxerunt: quae credenda est talis fuisse, ut quam minimum ab aequitate naturali recesserit," Grotius, aaO §VI,1
 - 6) s.o. II, S.7; Dahm, Das Strafrecht Italiens, S.146
 - 7) Grotius, aaO §VI,4; vergl. v.Bar, aaO S.233

Grund in der Pflicht der Nächstenliebe, dem anderen, der nichts mehr besitzt, das Benötigte zu geben.¹⁾ Gegen diese Auslegung wandte sich Grotius ausdrücklich.²⁾

Als Beispiele führte Grotius die Fälle aus dem römischen Recht, insbesondere der Lex Rhodia de Iactu an, nach der während einer Seereise nach ausgegangenem Proviant jeder seine Habe zum gemeinsamen Gebrauch abliefern mußte.³⁾

2. Antonius Matthäus

Auch der Niederländer Antonius Matthäus gelangte zur Strafflosigkeit des Notdiebstahls. Mit seiner völlig anderen Begründungsweise nahm er innerhalb der Naturrechtslehre jedoch eine besondere Position ein.⁴⁾ Nach seiner Ansicht blieb die Tat ein "crimen", ohne daß aber der Notstandstäter zu bestrafen gewesen wäre.⁵⁾ Das Verbrechen könne als solches auch beim Notdieb nicht ausgeschlossen werden; mit Rücksicht auf die besondere Notlage sei aber die Strafe zu erlassen oder wenigstens zu mildern.⁶⁾

Der Notstandstäter handelte nach Matthäus ohne Verantwortung, da nur der freiwillig Handelnde ("sponte") zur Verantwortung gezogen werden konnte. Wer durch eine unwiderstehliche Gewalt - wie Hunger - getrieben wurde, handelte nicht mit reinem Vorsatz, d.h. aus vorwerfbarem

1) vergl. Decret.Grat. Dist. 47 C.8 §4: der hl.Ambrosius warf den Reichen vor, daß sie das Vermögen der Armen horteten

2) aaO; vergl. v.Bar, Ges.u.Schuld III, §104, S.228,229

3) Grotius, aaO §VI,3

4) vergl. Oehler, JR 1951, 491

5) Matthäus, De Criminibus, lib.47 Dig.Tit.I, de furtis cap.I Nr.7; vergl. auch v.Bar, aaO §105, S.232

6) "...quin potius inter crimen et poenam distinguendum arbitror: ut crimen committi, etiam urgente penuria fateamur: poenam tamen, propter necessitatis vim delinquenti aut remittamus, aut certè mitigemus...", aaO

Entschluß, sondern mit "gemischtem Vorsatz"¹⁾, d.h. durch Hinzutreten anderer Umstände.²⁾ Je nach Überwiegen des einen oder anderen Elementes (voluntaria oder involuntaria) war die Strafe nachzulassen oder zu mildern:

"Quapropter illud quoque rectè traditum est ab interpretibus, si quis alia necessitate cogente, cui difficulter resisti potest, crimen admiserit, aut leniendam, aut remittendam ei poenam ..." 3)

Diese Auffassung des unwiderstehlichen Zwangs ("necessitate cogente, cui difficulter resisti potest") sollte im französischen Recht tonangebend werden⁴⁾ und später auf das niederländische Recht⁵⁾ zurückkommen.⁶⁾

Die Not mußte bei Matthäus eine recht gravierende sein, denn er bestritt grundsätzlich auch die Straflosigkeit des Notdiebstahls. In der Not habe grundsätzlich nur die Obrigkeit das Recht, von einzelnen, die Vorräte besitzen, die Herausgabe zu verlangen, um sie dann zu verteilen.

3. Joh. Samuel von Pufendorf

Über die Behandlung des Notdiebstahls hinaus kam Pufendorf in seinem bekannten Werk "De iure naturae et gentium". Er entwickelt einen allgemeinen Begriff der "necessitas" und sprach von einem "ius et favor necessitatis", das er allerdings nicht näher umriß.⁷⁾ Am Beispiel des Karneades-Falls stellte er den Grundsatz auf, daß sich die im Notstand begangene Handlung außerhalb des Rechts bewege, und begründete so eine neue Not-

1) in Anlehnung an Aristoteles, s. Nolte, Praeadvies, S.56 ff

2) "Et alioqui constat, ea quae quis coactus fecit, non merè voluntaria, sed mixta censerì: id est, partim voluntaria, partim involuntaria," Matthäus, aaO lib.48 Dig.Tit.XVIII, de poenis, cap.IV,Nr.14

3) Matthäus, aaO

4) s.u. Teil 3, III,1, S.133 ff

5) s.u. Teil 3, III,2, S.181 ff

6) vergl. Bronkhorst, Overmacht in het Strafrecht, S.43 ff; v.Bar, Gesetz und Schuld III, §105, S.231,232

7) Schaffstein, Allgemeine Lehren...,S.86

standsdogmatik.¹⁾ Seine Lehre wurde später von Fichte²⁾ weitergeführt; im Unterschied zu ihm forderte Pufendorf den Gesetzgeber zu einer positiven Stellungnahme auf.³⁾

Die Lehre Pufendorf's ging im Anschluß an Hobbe vom natürlichen Selbsterhaltungstrieb des Menschen aus, der als Rechtfertigungsgrund bei allen Strafgesetzen vorbehalten sei.⁴⁾ Der Gesetzgeber müsse hierbei die menschliche Schwäche berücksichtigen und dürfe niemanden zu einer Handlung zwingen, die seinen Untergang bedeutete.⁵⁾

"Unde necessitas non id quidem effecit, ut directe lex heic et nunc possit violari, seu peccatum admitti; sed ex benevola legislatorum mente, simulque naturae humanae consideratione praesumitur, casum necessitatis sub lege generaliter concepta non contineri." 6)

Wenn das eigene Leben bedroht war, durfte man zu dessen Erhaltung nach Pufendorf sogar das Leben eines anderen opfern. Nach dem Beispiel des Karneades-Falls führte Pufendorf zwei Beispiele von Seenot an:

Wenn ein Schwimmer und ein Nichtschwimmer in Seenot geraten waren, und sich nur durch Schwimmen retten konnten, der Nichtschwimmer sich aber fest um den Schwimmer klammerte, weshalb diesem die Kräfte nicht mehr reichten, um sich gemeinsam mit dem Nichtschwimmer zu retten, so durfte der Schwimmer sich mit allen ihm zur Verfügung stehenden Kräften losreißen, um nicht gemeinsam mit dem Nichtschwimmer ertrinken zu müssen, selbst wenn dieser sich für eine kurze Zeit hätte über Wasser halten können.⁷⁾

1) vergl. Boldt, Joh.Sam.v.Boehmer...S.611 ff; Oehler, JR 1951, 489 ff; Otto, Pflichtenkollision, S.58

2) s.u. VI,2, S. 40

3) Pufendorf, De iure belli ac pacis, lib.II,cap.VI, §2

4) vergl.v.Bar, Ges.u.Schuld III, §106,S.232; Rabe,aaO S.14

5) Janka, aaO S.79; Rabe, aaO S.15; Stammler, aaO S.46

6) Pufendorf, aaO Cap.VI, §2

7) "Si ego natandi peritus cum altero natandi imperito in profundas aquas incidissem, et (uti fieri solet) ille me circumplexus teneret, neque mihi tantae sint vires, ut ipsum mecum efferre possim; quis vitio mihi verterit, si omnibus viribus talem abs me amoliar, ne cum eodem suffocer, etsi is per aliquot minutas horae partes à me utcumque extra aquas potuisset sustineri?", Pufendorf, aaO, Cap.VI, §4

Sodann führte Pufendorf den "Plankenfall" des Karneades an. Er löste ihn dahingehend, daß es für den Fall, daß sich zwei Schiffbrüchige an einer Planke zu retten versuchen, die nur einen tragen kann, ohne weiteres erlaubt sei, daß der eine den anderen ins Wasser stößt, um das eigene Leben zu erhalten.¹⁾

Wenn zur Erhaltung des eigenen Lebens ein anderes geopfert werden dürfte, so war der Eingriff in fremdes Eigentum zu diesem Zwecke (Notdiebstahl) erst recht erlaubt. Traf den Täter keine Schuld an der Not, so hatte der Eigentümer den Eingriff zu dulden.²⁾

Pufendorf erörterte schließlich auch solche Fälle, in denen ein Eigentumsrecht mit einem anderen Eigentum kollidiert. Der Eingriff in fremdes Eigentum zur Erhaltung von Sachen war aber nur bei unverschuldeter Notlage berechtigt.³⁾ Dann sollte das höherwertige dem geringeren Eigentum geopfert werden.⁴⁾

Pufendorf hatte hiermit den Anwendungsbereich des Notstandes beträchtlich erweitert. Er hatte ein eigenes Notrecht entwickelt, wobei allerdings nicht gesagt werden kann, ob er mit seinem Abstellen auf das Abwägungsprinzip einerseits und auf den Selbsterhaltungstrieb andererseits einen Notstand als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund im heutigen Sinne gemeint hat.⁵⁾

-
- 1) "Sic in naufragio, ubi tabulam ego occupavi, duorum non capacem, si quis adnatans eidem se quoque velit iniicere, me simul secum perditurus, nihil videtur obstare, quo minus quavis violentia eundam à tabula repellam ...", Pufendorf, aaO
 - 2) Pufendorf, aaO Cap.VI, §6
 - 3) "cum hac tamen restrictione, ut citra nostram culpam illud periculum exstiterit," aaO, §8
 - 4) Pufendorf, aaO; vergl. Janka, aaO S.79; Rabe, aaO S.15; Stammler, aaO S.46; von Bar, aaO S.233
 - 5) vergl. von Bar, aaO, §106, S.233, einen Entschuldigungsgrund annehmend

4. Thomasius und Chr. Wolff

Die Gedanken Pufendorf's sind von Thomasius und Christian Wolff übernommen und weitergeführt worden.¹⁾ Für sie war jedoch nicht der Selbsterhaltungstrieb als solcher der Grund für die Straflosigkeit einer Notstandshandlung. Vielmehr war es die Rechtmäßigkeit des Selbsterhaltungstriebes, welche die Straflosigkeit begründete. GOTT habe diesen Trieb dem Menschen eingegeben, weshalb die Erhaltung des eigenen Lebens eine sehr ernst zu nehmende Pflicht sei.²⁾ Selbsterhaltung im Notstand war "ein Werk Gottes."³⁾

Thomasius knüpfte die Straflosigkeit der Notstandstat an die Bedingung, daß die Not nicht durch den Täter verschuldet war.⁴⁾ Er unterschied außerdem, ob die Gefahr durch äußere Umstände, d.h. nicht durch menschliche sondern göttliche Fügung herbeigeführt oder durch menschliche Drohung verursacht war. Nur im ersteren Fall sollte völlige Straflosigkeit eintreten.⁵⁾

Für den Fall einer Lebensgefahr bildete Wolff ein Beispiel, in welchem Ertrinkende sich in einem überfüllten Rettungskahn zu retten versuchten. Wer sich im Boot befand, sollte die anderen Hinzukommenden von Bord werfen dürfen, wenn das Boot sie nicht zu tragen vermochte. Umgekehrt sollten jedoch die später Hinzukommenden nicht das Recht haben, die sich im Boot Befindlichen hinauszuerwerfen.⁶⁾ Ein Bestimmungsrecht, wer gerettet werden dürfe, räumte Wolff allerdings auch dem Bootseigentümer ein.⁷⁾

1) vergl. v.Bar, aaO §106, S.233,234; Janka, aaO S.81; Otto, aaO S.58; Rabe, aaO S.16

2) Thomasius, Institutiones ...,lib.II cap.I de officio homines erga seipsum, §123 u.ff; nach Wolff war es eine Pflicht, in der Gefahr sich mehr um die eigene Rettung als um die anderer zu kümmern: "Si par malum imminet, nobis potius quam aliis consulere debemus," Institutiones ..., IV, §574

3) Rabe, aaO S.16

4) Thomasius, aaO

5) aaO; vergl. Moriaud, De la Justification ..., S.136; diese Unterscheidung zwischen "vis a persona" und "vis a rebus" ist später immer wieder aufgetaucht, s.u. Teil 3, III, 1 b (3), S.143 FN 4

6) Wolff, aaO §588

7) aaO §590

5. Boehmer, Leyser, Wildvogel

Im 18. Jahrhundert, das als "philosophisches Zeitalter" auf den neuen Lehrsatz "ansprechen mußte"¹⁾, wurden die Lehren von Grotius und Pufendorf übernommen, ihre unterschiedlichen Positionen teilweise auch miteinander verbunden. Zu nennen sind hier Boehmer²⁾, Leyser³⁾ und Wildvogel⁴⁾. Auch sie stellten in erster Linie auf den Selbsterhaltungstrieb ab, der sich nach ihrer Ansicht als ein ursprüngliches und natürliches Recht darstellte und zum Eingriff in fremdes Eigentum berechnete.⁵⁾ Insbesondere gegen Matthäus richteten sich Boehmer⁶⁾ und Wildvogel⁷⁾, wenn sie es für widersprüchlich hielten, daß eine Handlung zwar ein Verbrechen, gleichzeitig aber doch straflos sein könne.

Boehmer erörterte den Notstand am Notdiebstahl (Art.166), beim Totschlag aus Hungersnot (*homicidium in summa famis necessitate*)⁸⁾ und bei der Abtreibung zur Rettung des gefährdeten Lebens der Mutter (Art.132 §II). Die Straflosigkeit des Notdiebstahls erklärte Boehmer in dem natürlichen und göttlichen Recht auf Selbsterhaltung. Die Wegnahme einer fremden Sache sei nur ein "factum physicum", die erst durch das verfolgte Ziel ("finis") ihre moralische Qualität erhalte. Die Wegnahme "in famis necessitate" sei nicht verwerflich.

1) Janka, aaO S.82

2) Boehmer, Meditationes, Artt. 166, 132, 137 CCC

3) Leyser, Meditationes ad pand., VII, spec.537, 1.2

4) Wildvogel, Disputatio de furtis impropriis, cap.I

5) "... igitur, quum salvus aliter esse nequeam, non solum non pecco, sed magis primo ac praecipuo officio meo satisfacio, si rebus quamvis alienis utor," Leyser, Meditationes..., VII, spec.537, 1.2

6) "...id autem mihi contradictorium videtur, poenam separare velle a reatu, cuius illa potius necessarium consequens est," Boehmer, Observationes ..., qu.83, obs.2;

7) "...cum non infirmum iuris naturae praeceptum sit, delicata esse punienda," Wildvogel, Disputatio..., cap.I, 39

8) Art.137 §III

Noch deutlicher begründete Boehmer seine Ansicht beim Totschlag in höchster Hungersnot. Für den Totschlag genüge es nicht, daß der dolus "in solo animo occidendi" bestehe, hinzutreten müsse noch die "iniuriosi qualitas". Diese fehle jedoch beim Totschlag in Hungersnot.¹⁾ Die Tötung eines anderen dürfe man nicht als "rem per se illicitam" ansehen, sondern man müsse darauf abstellen, ob der Täter das Böse als solches ("malum tamquam malum") gewollt habe. Mit Rücksicht auf die "imbellicitas humana" dürfe man die Erhaltung des eigenen Lebens dem anderen Leben voranstellen.

Die Abtreibung zur Erhaltung des Lebens der bedrohten Mutter erklärte Boehmer²⁾ hingegen für strafbar.³⁾ Dagegen haben sich für eine straflose Abtreibung zur Rettung der gefährdeten Mutter Engau⁴⁾, Koch⁵⁾ und Meckbach⁶⁾ ausgesprochen. Von zwei Übeln müsse hier das kleinere gewählt werden; das Leben der Mutter sei der pars dignior (Meckbach).

6. Quistorp und Schroeder

Besondere Erwähnung verdienen schließlich noch Quistorp und Schroeder. Quistorp behauptete, daß jeder, der aus einer Not heraus handle, deshalb entschuldigt sei, weil er in dieser Lage u n z u r e c h n u n g s f ä h i g sei.⁷⁾ Dem Täter fehle der Vorsatz: "denn, da die wahre und hoechste Noth allen Vorsatz ausschliesset, so kann

1) "Si quid in hoc facto vitiosum superest, per necessitatis rationem diluitur, ad summum tantopere temperatur, ut nihil minus, quam poenam capitalem iustificet," Boehmer, Meditationes, Art.137 §III

2) gegen Matthäus und Engau

3) "Quantum enim extrema necessitas hic intercedens honestam rationem expediendae salutis suggerat, insignem tamen audaciam sapit, de salute morbosae feminae certum quid affirmare et malum certum propter bonum incertum probare," Boehmer, Meditationes, Art.133, §II

4) Engau, Elementa, II, §397

5) Koch, Institutiones, lib.II, §484

6) Meckbach, Anmerkungen ..., zu Art.133, S.258

7) Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, I §374

der Diebstahl, der aus wahrer Noth begangen worden, dem Täter nicht zugerechnet werden."¹⁾ Quistorp setzte hier die Lehre von Matthäus und Pufendorf über den vorsatzausschließenden unwiderstehlichen Zwang fort und eröffnete damit den Weg für die später von Feuerbach entwickelte Unzurechnungsfähigkeits-Theorie²⁾.

Quistorp billigte dem Notstandstäter völlige Strafflosigkeit zu, sprach sich aber unter Berufung auf Art.153 und 166 CCC dafür aus, daß der Täter gleichwohl die Prozeßkosten zu tragen habe.³⁾

Ebenso wie Quistorp knüpfte auch der niederländische Gelehrte Schroeder an das Fehlen des Vorsatzes bei einem in Not handelnden Täter. Er war zwar zunächst davon ausgegangen, daß die aus dem Selbsterhaltungstrieb heraus begangene Handlung rechtmäßig sei, entsprach demnach insoweit Thomasius, maß dann aber dem Einfluß des Selbsterhaltungstriebes auf die Willensfreiheit des in Not Gerathenen die entscheidende Bedeutung zu. Wer für sein Wohl zu sorgen habe, wolle weniger andere verletzen, als vielmehr sich selbst retten.⁴⁾

Hinweise auf weitere Dissertationen aus dieser Zeit befinden sich bei Rabe⁵⁾ und Janka⁶⁾.

1) Quistorp, Grundsätze ..., I, §374 mit Hinweis auf Nettelblatt, De necessitate..., §19

2) s.u. VI, 3, S.44 ff

3) aaO; vergl. Boehmer, Meditationes, Art.166 §8

4) Schroeder, Elementa iuris ..., Cap.VII, §§128 - 142; "non tam alium voluit laedere a quo minus alias alienus fuit, quam suam expedire salutem," aaO; vergl. Moriaud, De la justification ..., S.136; Rabe, aaO S.18; eine ähnliche Stellung nahm Püttmann ein: "... actionem scilicet summa in necessitate susceptam reatum haud continere, neque, ut factum dolosum aut culposum, imputandam esse, eaque tenus recte dici quamlibet honestam esse rationem expediendae salutis," Püttmann, Elementa iuris criminalis, §325

5) Rabe, aaO S.19

6) Janka, aaO S.81 FN 134

VI. Die Philosophen am Ende des 18. und im 19. Jahrhundert.

Mit dem Ausgang des 18. und während des 19. Jahrhunderts erfuhr die Philosophie einen neuen Aufschwung, der mit den neuen Gedanken des aufkommenden Liberalismus und den Vorstellungen über das Staatswesen einherging. Demgemäß blieb auch das **R e c h t** in der Philosophie nicht unerörtert. Gerade in der Frage des strafrechtlichen (aber auch zivilrechtlichen) Notstandes konnte die Philosophie ihre Argumente erproben, ist doch der Notstand ein Gebiet, das in den Grenzbereich des Rechts fällt, wenn es ihn nicht gar verläßt. So wurde die Frage, warum die Notstandshandlung straflos ist, und wie weit der Notstandsbegriff ausgedehnt werden kann oder eingeschränkt werden muß, besonders erörtert.¹⁾ Die Rechtsgelehrten im 19. Jahrhundert haben sich bald den verschiedenen philosophischen Richtungen angeschlossen.

1. Kant

Als erster Philosoph für diese neue Epoche ist Immanuel Kant zu nennen, dessen Schaffen für das 19. Jahrhundert große Bedeutung gewinnen sollte.

a) Der Ausgangspunkt

Ausgangspunkt war für Kant seine Vorstellung einmal vom **Strafgesetz als kategorischen Imperativs** und zum anderen **von der Strafe als eines Gebotes der praktischen Vernunft**. Strafe sei deshalb unbedingt notwendig, weil ein Verbrechen begangen **w u r d e**, und weil die Gerechtigkeit es so gebiete. Auf irgendwelche Absichten des Täters dürfe nicht abgestellt werden.²⁾

Recht war für Kant "der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür der einen mit der Willkür der anderen, nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen

1) s. Rabe, Die Entwicklung..., S.23

2) Kant, Metaphysik der Sitten; vergl. Janka, Der strafrechtliche Notstand, S.86

vereinigt werden kann."¹⁾

Den Notstandstäter ließ Kant jedoch straflos.

b) Der Notstand Kant's und dessen Begründung

In Anlehnung an den Fall des Karneades behandelte Kant das Notstandsproblem an Hand der Kollision zweier Menschenleben. Insoweit bestand eine Parallele mit Pufendorf. Jedoch kam er dann zu einem anderen Resultat, welches nur in der Strafflosigkeit des Täters übereinstimmte. Wer einen anderen tötete, um sich damit selbst am Leben zu erhalten, sollte nach Kant zwar straflos, "impunibile", nicht aber "inculpabile" sein.²⁾ Die Strafflosigkeit sah er als eine subjektive, nicht als eine objektive an.²⁾ Die Wirkung des Gesetzes sollte entfallen, wenn es den durch das "Brett" Geretteten bestrafe, da es eine härtere Strafe als den Verlust des Lebens nicht gebe und dem Schiffbrüchigen dieser Verlust ohnehin drohe. Dieser sei gewiß, während die vom Gesetz bestimmte Todesstrafe immerhin ein ungewisses Übel darstelle.³⁾

Kant begründete seine These folgendermaßen:

"Dieses vermeinte Recht soll eine Befugnis seyn, im Fall der Gefahr des Verlusts meines eigenen Lebens einem anderen, der mir nichts zu Leide tat, das Leben zu nehmen. Es fällt in die Augen, daß hierin ein Widerspruch der Rechtslehre mit sich selbst enthalten seyn müsse, - denn es ist hier nicht von einem ungerechten Angreifer auf mein Leben, dem ich durch Beraubung des seinen zuvorkomme (ius inculpatæ tutelæ), die Rede, wo die Anempfehlung der Mäßigkeit (moderamen) nicht einmal zum Recht, sondern zur Ethik gehört, sondern von der erlaubten Gewalttätigkeit gegen den, der keine gegen mich ausübte." 4)

Dieser Konflikt aber, der dadurch entstand, daß der Notstandstäter gleichwohl straflos bleiben sollte, war darin zu lösen, daß keine objektive, d.h. eine sich aus dem Gesetz ergebende, sondern eine rein sub-

1) Kant, Metaphysik der Sitten; vergl. Rabe, aaO S.23,24

2) Kant, Metaphysik der Sitten, S.343

3) Kant, aaO

4) Kant, aaO; vergl. Rabe, aaO S.24

j e k t i v e Straflosigkeit eintrat.

"Es ist klar: daß diese Behauptung nicht objektiv, nach dem, was ein Gesetz vorschreibt, sondern bloß subjektiv, wie vor Gericht die Sentenz gefällt würde, zu verstehen sei." 1)

Hiermit vermied Kant, daß durch Straflosigkeit des Notstandstäters dessen Tat die Qualifikation eines Verbrechens verliert. Kant stand insoweit mit der Ansicht von Matthäus²⁾ überein. Die Straflosigkeit suchte er nicht in der objektiv gegebenen Rechtsordnung sondern im subjektiven Bereich des Täters. Matthäus unterschied zwischen "crimen" und "poena", Kant zwischen "impunibile" und "inculpabile".

Kant erörterte den Notstand nur für den Fall, daß Menschenleben miteinander in Kollision gerieten. Eine Analogie auf entsprechende Kollisionen anderer Rechtsgüter unterblieb.

c) Kritik

Im Unterschied zu Matthäus, der die Notstandstat zwar als "crimen" ansah, die "poena" jedoch einfach entfallen ließ, ohne mit der Praemisse des kategorischen Imperativs belastet zu sein, ist dagegen die Lehre Kant's in sich unschlüssig, weil er von dem kategorischen Imperativ des Strafgesetzes ausging. Denn ist der Gesetzesbruch schon um seiner selbst Willen ein Verbrechen, das bestraft werden muß und die Qualifikation als "Verbrechen" nicht verlieren kann, so widerspricht dem die Forderung Kant's nach Straflosigkeit der Notstandstat. Wenn sich bei Kant der Notstand gewissermaßen der rechtlichen Regelung entzog³⁾ und in den rechtsleeren Raum fiel⁴⁾, weil insbesondere in jenem Schiffsbruchsfall nicht "die reale Kraft der Rechtsnorm"⁵⁾, sondern

1) Kant, Metaphysik der Sitten, S.343

2) s.o. V,2, S.20 ff

3) Bockelmann, Hegels Notstandslehre, S.8

4) Otto, Pflichtenkollision, S.60

5) Bockelmann, aaO

die tatsächlichen Verhältnisse die Gesetzeskraft lähmten, so gestand Kant hier ein **t e c h n i s c h e s v e r s a g e n** des Rechts ein, **das auf Notstandsfälle nicht gemünzt ist.**¹⁾ Dieses Versagen der Rechtsordnung widerspricht nun aber gerade dem kategorischen Imperativ der Bestrafung jeglicher Verbrechen.²⁾

Zu welcher Art von Straflosigkeit Kant gelangte, wenn man die heutigen Maßstäbe von Rechtswidrigkeit und Schuld heranzieht, läßt sich m.E. kaum beurteilen, da diese Kategorien damals **ziemlich unbekannt waren** .³⁾

Außerdem kann das Argument, das Recht versage technisch, heute schon aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten keinen Bestand haben. Zweifellos bekannte Kant sich zur Rechtswidrigkeit der Notstandstat⁴⁾, wohl aber auch zur Schuld des Täters (nicht "inculpabile"). Da er den Täter als **bloß "impunibilis"** ansah, spricht m.E. einiges dafür, daß er eine Art persönlichen Strafausschließungsgrund meinte, die er ganz als "subjektive Straflosigkeit" betrachtete.

2. Die "Exemptionstheorie" Fichtes oder die Theorie von der Rechtlosigkeit

Nach Kant ist als weiterer Philosoph Joh. Gottlieb Fichte zu nennen, der ebenfalls noch im ausgehenden 18. Jahrhundert wirkte. Im Gegensatz zu Kant vertrat er jedoch keine absolute Straftheorie. Dennoch vermochte auch er den "Notstandsknoten" nicht widerspruchslös zu entwirren; mit den Worten Janka's durchhaute er den Knoten.⁵⁾

1) s. Bockelmann, aaO S.8

2) vergl. Janka, aaO S.88; Rabe, aaO S.26

3) Bockelmann, aaO S.5

4) Otto, aaO S.60

5) Janka, aaO S.88

a) Die Notstandslehre

Fichte sah im Notstand eine Materie, die sich völlig außerhalb des Rechts bewegt ("Exemptionstheorie"). Er beschrieb ihn folgendermaßen:

"... so kann man das Notrecht beschreiben, als das Recht, sich als gänzlich e x e m p t von aller Rechtsgesetzgebung zu betrachten." 1)

In seiner Begründung stellte er auf die Funktion des Rechts ab. Das Recht stehe nämlich im Verhältnis zur Gestaltung der Gemeinschaft zwischen mehreren f r e i - e n Wesen.¹⁾

"Die Frage der Rechtslehre ist: wie können mehrere freie Wesen, als solche beisammen bestehen?" 2)

Die erste Funktion des Rechts sah Fichte demnach in der Regelung des gesellschaftlichen modus vivendi. Im Notstande, d.h. in jenem Fall des "Wunderbretts der Schule"³⁾ war nach Fichte aber gerade diese Möglichkeit, nämlich gemeinsam miteinander auszukommen, entfallen. Damit war auch dem Recht die Grundlage entzogen. Insbesondere gab es in dieser Situation kein "positives Recht", welches die Aufopferung des eigenen zu Gunsten des anderen Lebens gebietet oder umgekehrt: die Freisgabe des anderen zu Gunsten des eigenen Lebens gestattet.

"Die Natur hat die Berechtigung für b e i d e , zu leben, zurückgenommen; und die Entscheidung fällt der physischen Stärke und der Willkür anheim." 4)

Die im Notstand begangene Straftat wurde von Fichte somit nicht nach rechtlichen Kategorien bestimmt; sie bewegte sich "exempt von aller Rechtsgesetzgebung." Freilich gab sich Fichte damit nicht völlig zufrieden, da er auch im außer-rechtlichen Bereich nach einem Maßstab suchte, der sein Gewissen beruhigte. Soweit seiner Meinung nach die Entscheidung der Willkür anheim fallen sollte, unterstand diese doch "einer höheren Gesetzge-

1) Fichte, Grundlage des Notrechts ..., §19 I, S.247

2) Fichte, aaO

3) Fichte, aaO S.246

4) Fichte, aaO S.247

bung, der moralischen," die aber nicht hierher gehören sollte, "wo wir es bloß mit dem Rechte zu tun haben."¹⁾ Diese Gedanken erinnern an den Jesuiten Suarez (1548 - 1617), der für den Fall, daß Menschenleben derart miteinander in Konflikt gerieten, daß sich jeweils nur eines erhalten konnte, davon ausging, daß hier die "ordo iustitiae" aufhöre, dafür aber die "ordo caritatis" beginne.²⁾

Fichte brachte sich mit seiner Lösung, die Janka einen "Gewaltstreich", der "denn freilich aller Verlegenheit, zugleich aber auch dem Rechte ein Ende gemacht" habe, nannte,³⁾ selber in eine gewisse Verlegenheit, wenn er am Ende den nicht gerade sehr lebensnahen Rat des Philosophen erteilte:

"Tue überhaupt nichts, fasse dich in Geduld und lasse die Entscheidung fallen, wie sie eben mag..."⁴⁾

Verlangt doch gerade eine Situation, wie sie in dem Fall des Karneades beschrieben wird, eine rasche Entscheidung und rasches Handeln!

b) Nachfolgende Lehren

Die Exemptionstheorie Fichte's fand später einige Anhänger. Hier ist insbesondere Grolmann zu nennen: Ein Verhältnis von Zwangsrechten und Zwangsverbindlichkeiten bestand nach ihm dann nicht, "wenn neben den Rechten des Verletzten überhaupt oder neben bestimmten Rechten desselben die Koexistenz des Verletzers physisch unmöglich" war.⁵⁾

Weitere Anhänger fanden sich in von Gros⁶⁾, Heffter⁷⁾,

1) Fichte, aaO

2) vergl. Rommen, Die ewige Wiederkehr d. Naturrechts, S.32 ff

3) Janka, aaO S.89

4) Fichte, aaO

5) Grolmann, Grundzüge ..., §23, S.138

6) v. Gros, Lehrbuch d. philosoph. Rechtswissensch., S. 22. ff

7) Heffter, Lehrbuch d. gemeinen deutschen Strafrechts, Art.40, S.40

Hufnagel¹⁾, Schilling²⁾, Schroeter³⁾ und zunächst von Waechter, der aber später von dieser Ansicht abwich.⁴⁾

c) Kritik

Fichte's Lehre muß m.E. an zwei Punkten bemängelt werden.

(1) Sie wird unbrauchbar in Fällen, in denen man zum Bestehen der Notstandslage gerade verpflichtet ist. Sonst dürfte z.B. ein Soldat, der sich in Lebensgefahr befindet, vor dem angreifenden Feind fliehen, der Feuerwehrmann vor den Flammen wegrennen, der in Seenot geratene Kapitän seine Passagiere und die Mannschaft zurücklassen⁵⁾, der Bergführer seine ihm anvertrauten Begleiter im plötzlichen Unwetter alleine lassen, um sich zu retten, etc...⁶⁾ Die Exemptionstheorie kann auf diese Frage keine Antwort geben.

(2) Die Lehre widerspricht auch rechtsstaatlichen Grundsätzen. Das Recht darf dem Notstand nicht ausweichen⁷⁾, sondern muß auch hier "Farbe bekennen". Denn gerade in einem Fall wie dem des Karneades, wo über das Schicksal zweier Menschenleben zu entscheiden ist, muß sich die Rechtsordnung über Güter, denen sie den höchsten Rang beimißt, äußern. Hier darf sie nicht schweigen "exempt von aller Rechtsgesetzgebung", wenn sie sich nicht selber in Frage stellen will.⁸⁾

1) Hufnagel, Commentar üb.d. StGB f.d.Königr.Württ.I, S.226

2) Schilling, Lehrbuch des Naturrechts, S.57

3) Schroeter, Handbuch des peinlichen Rechts, I, S.145

4) v.Waechter, Königl.sächs.Strafrecht I, §§55,56; vergl. v.Bar, Ges.u.Schuld III, §106, S.235; Janka, aaO S.91; Otto, aaO S.61; Rabe, aaO S.34ff; Stammler, aaO S.40 ff

5) vergl. Fall "Holmes", s.u. Teil 3, VI, 2 h, S.32

6) so später auch v.Waechter, Königl.sächs.Strafr., S.360

7) so Binding, Handbuch I, S.760; Henkel, Der Notstand..., S.36; Luden, Handbuch, S.305 Anm.2; Otto, aaO; v.Weber, Das Notstandsproblem ..., S.103

8) v.Weigelin, GS 116, 91: "Bei der grundlegenden Wichtigkeit, die das Leben jedes einzelnen für den Bestand des Volkes hat, kann die Rechtsordnung nicht in dem Sinne schweigen, daß solche Konflikte außerhalb des Rechts stünden, sondern es muß entweder eine positive (gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche) Regelung geben, oder es muß für den einzelnen Fall der Richter durch sinnentsprechende Anwendung (oder Einschränkung) vorhandener Rechtsnormen die Regelung treffen;" vergl. Bockelmann, aaO S.15,16

3. Die "Unzurechnungsfähigkeitstheorie" Feuerbach's

Als dritte bedeutungsvolle Lehre, die das 19. Jahrhundert mitgeprägt hat, ist die sogenannte "Unzurechnungsfähigkeits-" oder auch "Imputabilitätstheorie" Joh. Anselm Ritter von Feuerbach's zu nennen. Diese Lehre hat eine große Anhängerschaft gefunden und sollte sich in ihren Auswirkungen bis in unser Jahrhundert bemerkbar machen. Sie geht bereits auf Matthäus,¹⁾ Quistorp und Schroeder²⁾ zurück.³⁾

In Anlehnung an die Ethik Kant's wollte Feuerbach die Generalpraevention durch psychologischen Zwang über die S t r a f d r o h u n g bewirken.⁴⁾ Für den Fall des Notstandes kam er zu dem Ergebnis, daß der Täter u n - z u r e c h n u n g s f ä h i g und deshalb straflos sei. Seine Auffassung beruhte in seinem Verständnis der Zurechnung, die sich aus zwei Komponenten zusammensetzte:

(1) dem Begehrungsvermögen: "Zum Wesen der Zurechnung wird demnach erfordert, I. dass das Verbrechen, als äussere Erscheinung (unmittelbar oder mittelbar) in dem B e g e h r u n g s v e r m ö g e n der Person seinen Grund habe ..."

(2) dem Unrechtsbewußtsein: "II. dass die (negative oder positive) Willensbestimmung, welche Ursache des Verbrechens ist, auch i n n e r l i c h , d.i. im Gemüthe des Handelnden, dem Strafgesetze widerspreche ..." 5)

Das Unrechtsbewußtsein lag vor, wenn der Täter das Verbotsgesetz kannte, aber gleichwohl seine verbrecherische Willensentscheidung getroffen und in die Tat umgesetzt hat, obwohl er sich in einem Zustande befand, "wo er seinen Willen dem Strafgesetze gemäß bestimmen konnte."⁵⁾

1) s.o. V,2, S.29 ff

2) s.o. V,6, S.35 ff

3) vergl. auch v.Bar, Ges.u.Schuld III, §106, S.235

4) vergl. Jescheck, Lehrbuch, §8 IV,2, S.56; Naucke, Kant u.die psychol.Zwangstheorie Feuerbachs, S.39 ff; ders., ZStW 87, 861 ff (880 ff) - insbes. mit Rücksicht auf das Gesetzlichkeitsprinzip; vergl. ferner Feuerbach, Revision ... I, S.43

5) Feuerbach, Lehrbuch (14.Aufl.), §85

a) Die Notstandslehre

Beim Notstand stellte Feuerbach auf die besondere psychische Konfliktlage des Täters ab. In diesem Fall war seine freie Willensbestimmung wesentlich beeinträchtigt oder aufgehoben. Deshalb durfte dem Täter ein strafbares Verhalten nicht zugerechnet werden. Im Notstand konnte sich der Täter gerade nicht dem Willen des Gesetzes gemäß verhalten, wenn nämlich "die That im Zustande vorhandener Qualen, welchen gewöhnliche menschliche Standhaftigkeit nicht gewachsen ist, als (erg.: das) einzige(s) Mittel dieselben zu entfernen," sich erbot, oder wenn der Täter "bei gegenwärtiger dringender Gefahr für das Leben oder für ein anderes, unersetzliches persönliches Gut" die Tat als einziges Mittel zu seiner Rettung wählte.¹⁾ Die Gefahr konnte auf Grund eines Unglücksfalls oder durch rechtswidrige Gewalt einer anderen Person (thätliche Drohungen, vis compulsiva) entstanden sein.

Im Notstand war, selbst wenn der Täter den Inhalt des Strafgesetzes kannte, die "mögliche Wirksamkeit" desselben "auf das Begehren" aufgehoben.¹⁾ Der im Strafgesetz verankerte psychologische Zwang, nämlich den Täter von der Begehung des Verbrechens abzuhalten, konnte nach Feuerbach demnach den Täter in seiner psychischen Konfliktlage im Notstand nicht mehr zurückschrecken. Deswegen war der Täter "unzurechnungsfähig".

Feuerbach beschränkte den Notstand auf die Gefährdung des Lebens und anderer persönlicher Rechtsgüter. Zur Erhaltung e r s e t z b a r e r Rechtsgüter schien ihm die Vornahme einer strafbaren Handlung nicht erforderlich. Die Gefährdung des E i g e n t u m s konnte demnach nicht zu einer Unzurechnungsfähigkeit führen.²⁾

1) Feuerbach, Lehrbuch, §91

2) auch der heutige §35 StGB entschuldigt den Täter nur, wenn er in persönlichen Rechtsgütern (Leben, Leib, Freiheit) bedroht wurde; eine Bedrohung in anderen Rechtsgütern kommt grundsätzlich nicht in Betracht; Dreher-Tröndle, StGB §35, Rdnr.5; RGSt 60, 319; OLG Celle MDR 1957, 54; anders OLG Hamm NJW 1976, 721: entschuldigenden übergesetzlichen Notstand bei wirtschaftlicher Not annehmend

Die gleiche Verbindung zwischen unwiderstehlicher Gewalt und Unzurechnungsfähigkeit zeigt sich in Art.64 CP und der Lehre der "contrainte morale" in Frankreich während des 19. Jahrhunderts.¹⁾

b) An Feuerbach anknüpfende Lehren

Trotz vehementer Angriffe insbesondere durch die Vertreter der Hegel'schen Schule²⁾ hat Feuerbach's Lehre eine beträchtliche Anhängerschaft gefunden. Hier sind insbesondere zu nennen: Bauer³⁾, der auf das Fehlen der Selbstbestimmung abstellte, Rosshirt⁴⁾, Martin⁵⁾ und Salchow⁶⁾, die die innere Entscheidungsfreiheit durch die Behinderung der Vernunft als beeinträchtigt ansahen; in Österreich: von Hye⁷⁾ und Jenull⁸⁾. Grundsätzliche, wenn auch eine eingeschränkte Zustimmung fand er bei Kleinschrod⁹⁾. Er hob im Fall der vis compulsiva auf das Übel im einzelnen ab und setzte die Zurechnung dementsprechend herauf oder herab, womit er dem Genötigten noch einen Freiheitsraum, welches Übel er wählen wollte, zubilligte. Nur unter strengen Voraussetzungen sollte eine Zurechnung gänzlich entfallen.⁹⁾

Ferner sind zu nennen: Jarcke¹⁰⁾, Henke¹¹⁾, Mittermaier¹²⁾, Temme¹³⁾ und Tittmann¹⁴⁾

c) Kritik

Gegen Feuerbach's Lehre sind verschiedene Einwände vorge-

-
- 1) s.u. Teil 3, III, 1 b, S.138 ff
 - 2) s.u. 4 b, S.50 ff
 - 3) Lehrbuch des Strafrechts, §121, 129
 - 4) Lehrbuch des Criminalrechts, §§16, 25, 26, 32
 - 5) Lehrbuch des Deutschen gem. Crimin.Rechts, §§37, 40
 - 6) Lehrbuch ..., §81 f
 - 7) Das österreichische Strafgesetzbuch I, S.192 ff (196)
 - 8) Das österreichische Criminalrecht I, S.98
 - 9) Systematische Entwicklung ..., S.271 - 274
 - 10) Handbuch des gem. deutsch. Strafrechts, §§20, 25
 - 11) Handbuch des Criminalrechts ... I, §52
 - 12) Lehrbuch Feuerbach's (14.Aufl.), Noten I, II zu §91
 - 13) Lehrbuch des preußischen Strafrechts, S.205 ff
 - 14) Handbuch des gem. deutsch. peinl. Rechts I, §§88 ff (97);
vergl. Rabe, aaO S.30 ff

bracht worden:

(1) Ebenso wie die Lehre Fichte's¹⁾ vermag auch Feuerbach's Theorie nicht zu erklären, warum in bestimmten Fällen eine Pflicht zum Bestehen der Notlage gegeben ist (Soldat im Kampf etc.). Diese Pflicht wurde von Feuerbach zwar behauptet aber ohne überzeugende Begründung.²⁾ Mit Recht wandte von Waechter ein:

"Es kann zwar die Gefahr, in der unser Leben schwebt, uns nach Umständen in einen unzurechnungsfähigen Zustand, z.B. in Folge des Schrecks versetzen; allein dann ist es nicht der Nothstand sondern ein anderes Moment, das sich mit ihm verbindet. An sich aber wird durch den Nothstand ... keines der Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit aufgehoben." 3)

(2) Ein zweiter wichtiger Vorbehalt gegen Feuerbach's Lehre besteht darin, daß diese Theorie in sich widerspruchsvoll ist. In a l l e n Fällen nämlich, in denen der Täter ein Verbrechen begeht, ist der innere Zwang, das Verbrechen zu begehen, stärker als der Wille, sich dem Gebote des Gesetzes zu fügen. Damit muß aber die konsequente Anwendung der Lehre des psychologischen Zwangs zur Auflösung des Strafrechts führen.⁴⁾ Janka stellte den einen Gedanken Feuerbach's, jede Handlung sei die Folge eines psychologischen Zwangs im ständigen Auf- und Gegeneinanderwirken der Kräfte⁵⁾, mit seinem anderen Gedanken, der psychologische Zwang hebe die Zurechenbarkeit und also die Strafbarkeit auf⁶⁾, gegenüber und folgerte m.E. richtig, daß die Notstandstheorie dann in sich zusammenfalle:

"Ist die Handlung eine durch das Gesetz der Kausalität necessierte, dann muß eine jede Übertretung des Strafgesetzes mit Notwendigkeit so erfolgen, wie sie in der

1) s.o. 2, S.40 ff

2) Feuerbach, Lehrbuch, §91

3) v. Waechter, Königl. sächs. Strafrecht, S.363; vergl. Bockelmann, aaO S.18; Otto, aaO S.63; Rabe, aaO S.29,30

4) vergl. Bockelmann, aaO; Janka, aaO S.96; Otto, aaO; Rabe, aaO S.28

5) Feuerbach, Revision ... II, S.184 ff

6) Feuerbach, Lehrbuch, §91

Tat erfolgte, das Gegenteil derselben war schlechthin unmöglich. Das Strafgesetz konnte also in keinem Falle, in welchem dagegen gehandelt wurde, als psychologischer Abhaltungsgrund wirken. Denn hätte es dies können, so hätte es auch wirken müssen, und die verpönte Handlung wäre unterblieben... Hiermit fällt aber dessen (erg.: Feuerbach's) ganze Notstandstheorie in sich zusammen." 1)

(3) Für den Notstand kann nicht alleine das Wegfallen des psychologischen Zwangs der Strafnorm maßgeblich sein. Der Notstandstäter ist nicht unzurechnungsfähig; er kann sich des Verbotes völlig bewußt sein und seinem Handeln längere Überlegungen voranstellen.²⁾ Die Besonderheit im Notstand besteht nicht darin, daß der Täter dem Gesetz nicht gehorchen k o n n t e , sondern darin, daß er ihm nicht zu gehorchen b r a u c h t e ³⁾. Die reine Lehre des psychologischen Zwangs entbehrt der Erkenntnis, daß der Schuldvorwurf ein Unwerturteil enthält.⁴⁾ Feuerbach's rein deskriptive Erkenntnismethode übersieht, "daß jede Bewegung rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Denkens eine Wertung enthält, daß Wertabwägen und -vergleichen das Wesen der Rechtsanwendung und der rechtlichen Begriffsbildung ist."⁵⁾ Es geht m.E. beim Notstand nicht um eine Frage der "Zurechnungsfähigkeit" sondern der "Zurechenbarkeit". Eine "mania sine delirio" ist widersinnig. "Eine Drohung, als Antrieb zur Handlung, macht den Menschen nie unfrei. Sie kann ihn in einen Notstand versetzen, der die Handlung entschuldigt; die Handlung aber bleibt ein Ergebnis seines Willens und seiner Intelligenz."⁶⁾

1) Janka, aaO S.96

2) so auch Stammer, aaO S.43

3) so wird heute die moderne monistische Notstandslehre in den Niederlanden begründet (z.B. bei Pompe); s.u. Teil 3, VI, 3, S.295 ff

4) Freudenthal, Schuld und Vorwurf, S.8 ff; Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, S.16 ff; vergl. RGSt 60, 68

5) Bockelmann, aaO S.20; vergl. Mezger, Lehrbuch (1.Aufl.), S.374

6) Berner, Grundsätze des preußischen Strafrechts, S.61

4. Die "Kollisionslehre" Hegel's und der Hegelianer

a) Hegel

Als letzte bedeutungsvolle Lehre für das 19. Jahrhundert sei die "Kollisionslehre" Hegel's genannt. Sie wirkt sich noch heute im § 34 StGB von 1975 aus, der auf dem Prinzip der Interessenkollision aufbaut.¹⁾ Hegel billigte dem Notstandstäter ein **N o t r e c h t** zu, beschränkte seine Erörterung allerdings auf die Kollision von Leben und Eigentum. Er behandelte diesen Fall in seinem Werk "Grundlinien der Philosophie des Rechts", in welchem er dem Notstandstäter ein Notrecht zubilligte, um es auf Kosten fremden Eigentums zu erhalten:

"... indem auf der einen Seite die unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit, auf der anderen Seite nur die Verletzung eines einzelnen beschränkten Daseins der Freiheit steht, wobei zugleich das Recht als solches und die Rechtsfähigkeit des nur in diesem Eigentum Verletzten anerkannt wird." 2)

Hegel räumte dem Täter ein Notrecht ein, wenn er zur Erhaltung seiner Existenz in ein im Vergleich hierzu weniger wichtiges Recht (beschränktes Dasein der Freiheit) eingriff. Ähnlich wie bereits Pufendorf³⁾ gelangte Hegel damit zu einem Notrecht als der Wahrung des überwiegenden Interesses. Auf dieser Lehre baute dann in der Folgezeit die sogenannte "Kollisionstheorie" auf, die allgemein, nicht nur für den Fall der Kollision von Leben und Eigentum von der **W e r t d i f f e r e n z** der betroffenen Rechtsgüter ausging. Sie prüft den Notstand demnach nach objektiven Kriterien und steht damit im Gegensatz zu der sogenannten "Adequitätstheorie", die auf den subjektiven Bereich im Täter abstellt wie Feuerbach, Kant und Fichte.⁴⁾

Die Vereinigung dieser beiden Lehren begann erst später mit der auf Goldschmidt⁵⁾ zurückgehenden "Differenzierungs-

1) vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.51

2) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §127

3) s.o. V, 3, S.32; vergl. v.Bar, Ges.u.Schuld III, §107, S.236

4) vergl. Jescheck, Lehrbuch, §33, I,1, S.283

5) vergl. Jescheck, aaO S.284

theorie", die für die moderne Behandlung des Notstandes in Deutschland, Frankreich¹⁾ und den Niederlanden²⁾ maßgeblich geworden ist.

b) Die Lehre Hegel's in der Weiterentwicklung

Ebenso wie Feuerbach's Theorie fand auch die Lehre Hegel's Anhänger und Gegner. Hegel folgten insbesondere Abegg, Berner, Köstlin, Levita, Hälschner, Marezoll, Janka, Stammler und Wessely.³⁾ In Frankreich war es Moriaud, der seine Lehre verwertete.⁴⁾ Gegner Hegel's, die ein Notrecht grundsätzlich bestritten, fanden sich vor allem in Geyer,⁵⁾ Geib⁶⁾ und Herbart.⁷⁾

Die nachfolgenden Lehren Hegel's stehen im starken Gegensatz zu der subjektiven Notstandslehre, die vor allem in Frankreich⁸⁾ und in den Niederlanden⁹⁾ während des 19. Jahrhunderts vorherrschte. Hier zeigt sich die allmähliche Trennung der niederländischen und deutschen Notstandslehre. Das objektive Abwägungsprinzip, das auf der Kollisionstheorie beruht, sollte dem niederländischen Recht noch eine längere Zeit fremd bleiben. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich der beiden Gesetzgebungen in Deutschland¹⁰⁾ und den Niederlanden¹¹⁾. Freilich stand die Kollisionslehre in Deutschland lange Zeit nur in den Lehrbüchern, denn § 54 RStGB ließ weder das objektive noch das subjektive Prinzip eindeutig erkennen; diese Vorschrift war weder Fisch noch Fleisch. Aber der "übergesetzliche Notstand"¹²⁾ sollte das Abwägungsprinzip für die Praxis brauchbar machen.

1) s.u. Teil 3, III, 1 d und e, S.163 ff

2) s.u. Teil 3, VI, 2 und 3, S.256 ff

3) vergl. Otto, aaO S.63; Rabe, aaO S.39 ff, 47,48

4) Moriaud, De la Justification ..., S.207 ff, 261, 276 ff; s.u. Teil 3, III, 1 c (3), S.147 ff

5) Zur Lehre vom Nothstand, S.63 ff

6) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S.220 ff

7) vergl. Otto, aaO; Rabe, aaO S.48,51,52

8) s.u. Teil 3, III,1 b, S.138 ff

9) s.u. Teil 3, III,2 und IV, S.181 ff

10) s.u. Teil 2, S.57 ff

11) s.u. Teil 3, II, IV,1, S.121 ff und 189 ff

12) RGSt 61, 242 ff; vergl. Wachinger, Frank-Festgabe, Bd.1, S.472 ff

(1) Abegg betrachtete den Notstand als einen Rechtfertigungsgrund. Die Rechtfertigung ergab sich aus dem Notstand selbst. Der Grund hierfür war "nicht eine besondere Dispensation und Erlaubniß, nicht eine etwaige Rechtlosigkeit des Collidirenden, nicht die hier gewöhnlich behauptete Unmöglichkeit einer psychologischen Abhaltung durch das Strafgesetz."¹⁾ Er bestand vielmehr darin, daß der Notstand "selbst ein Recht in Anspruch nehmen könne, folglich die Verletzung, die indemselben verübt wird, nicht blos vor dem Richter Verzeihung finde, sondern selbst eine höhere Rechtfertigung habe, wodurch sie auch von R e c h t s w e g e n nicht als Verbrechen betrachtet werden dürfe."²⁾ Ähnlich stellte auch Marezoll den Notstand unter ein "höheres Gerechtigkeitsprinzip"³⁾.

Das höherrangige Recht verdiente nach Abegg den Vorrang vor dem geringeren. Das Leben als "die Totalität und Voraussetzung aller Rechte"⁴⁾ durfte sich auf Kosten anderer beschränkter und ersetzlicher Rechte erhalten. Damit beschränkte sich Abegg allerdings auf die Erhaltung der Existenz; die Eigentumserhaltung mit unbedingter Entschädigungspflicht wies er in das Privatrecht.⁴⁾ Außerdem durfte durch die Rettungshandlung nie das Leben anderer angetastet werden, was nur in der Notwehr erlaubt war.⁵⁾ Der Schwierigkeit beim Schwangerschaftsabbruch zur Rettung der in ihrem Leben gefährdeten Mutter (medizinische Indikation) entging Abegg, der hier Strafflosigkeit forderte, dadurch, daß er hierin gar keinen Notstandsfall annahm. Das Leben der Mutter oder des Kindes müsse naturbedingt verlorengehen, da ohne Eingriff die Mutter sterben müsse, das Kind könne nicht geboren werden. So sei aber die Mutter zu retten,⁶⁾ da die Natur sich bereits zu Gunsten des Kindes entschieden habe.⁷⁾

1) Abegg, Lehrbuch, §107

2) Abegg, Untersuchungen ..., §17, S.107; 279 ff

3) Marezoll, Criminalrecht, S.92 ff; 102 ff; 85

4) Abegg, Lehrbuch, §108

5) Abegg, aaO; Untersuchungen ..., S.111 ff; vergl. Bockelmann, aaO S.58

6) Abegg, Untersuchungen ..., S.116 ff

7) vergl. Bockelmann, aaO

(2) Köstlin schloß sich der Lehre Abbeg's an,¹⁾ wobei er allerdings unmittelbar an die Hegel'sche Rechtsphilosophie anknüpfte. Er fügte jedoch zwei weitere Gedanken hinzu:

1. neben der reinen Selbsterhaltung sei auch die Nothilfe zulässig;²⁾
2. zur Erhaltung des Lebens seien Eingriffe in j e d e s beschränkte persönliche Recht erlaubt.³⁾

Bei der Kollision gleichrangiger Güter (insbesondere von Menschenleben) verneinte Köstlin ein Notrecht. Im Falle des medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruchs gewährte er dem Arzt wie der Mutter Straffreiheit, da er das gewordene Leben der Mutter dem "bloß möglichen" des Embryo vorzog. Allerdings räumte Köstlin ein, daß hier Leben mit Leben kollidiert⁴⁾, womit er sich selbst widersprach.⁵⁾

(3) Levita übernahm weitgehend Köstlin's Lehre.⁶⁾ Er stellte ebenso die betroffenen Rechtsgüter gegenüber; bei Gleichwertigkeit sollte Notstand ausgeschlossen sein. Für den medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch berief er sich ausdrücklich auf Köstlin: "Die gewordene Persönlichkeit" dürfe sich "gegen die werdende" erhalten.⁷⁾

(4) Hälschner knüpfte zwar nicht direkt an die Rechtsphilosophie Hegel's an, gelangte aber mit seinen eigenen Betrachtungen zu einer ganz ähnlichen Lehre wie die anderen "Hegelianer". Kriminelles Unrecht entstand nach Hälschner dann, wenn es sich in Gegensatz und Widerspruch gegen das objektiv bestehende Recht setzte.⁸⁾ Im Notstand konnte aber ein solches kriminelles Unrecht

1) Köstlin, Neue Revision, §154, S.596 ff (602); System des deutschen Strafrechts, §37, S.112

2) Köstlin, Neue Revision, S.603

3) Köstlin, System des deutschen Strafrechts, S.112

4) aaO

5) vergl. Bockelmann, aaO S.60

6) Levita, Das Recht der Nothwehr, S.2 ff

7) Levita, aaO S.3 Anm.2

8) Hälschner, System des preußischen Strafrechts II, S.11, 271 ff (275)

nicht entstehen, wenn zum einen die Notstandshandlung das alleinige Mittel zur Erhaltung des Rechts war, und zum anderen

"die Rechtsverletzung zu dem Zwecke stattfand, um das Recht selbst in dem unter der gegebenen faktischen Voraussetzung größtmöglichen Umfange zu erhalten, d.h. also, daß ein qualitativ höheres Recht auf Kosten des niederen, oder ein quantitativ umfangreicheres auf Kosten des qualitativ gleichen aber quantitativ geringeren, oder mindestens ein qualitativ und quantitativ gleiches Recht auf Kosten des anderen erhalten werde." 1)

Hälschner unterschied sich hiermit von seinen Vorgängern darin, daß er auch bei der Kollision gleichwertiger Rechtsgüter ein Notrecht annahm.²⁾

(5) Ihren deutlichsten Ausdruck fand die Hegel'sche Kollisionslehre bei Stammler, der den Notstand auch bei der Kollision gleichrangiger Interessen als Rechtfertigungsgrund ansah. Das Notrecht formulierte er wörtlich wie Hälschner.³⁾ Im Konflikt gleichrangiger Interessen entschied nach Stammler der Stärkere.⁴⁾ Im "Plankenfall" bedeutete dies, daß der Überlebende, der sich retten konnte, das Recht auf seiner Seite hat. Der Schwächere war mit Billigung der Rechtsordnung unterlegen.⁵⁾ Damit statuierte Stammler ein Faustrecht zur Erhaltung des eigenen Lebens auf Kosten des anderen. Die genau gegenteilige Position nahm sechs Jahre später der Lord Chief of Justice of England, Lord Coleridge in dem bekannten "Mignonette-Fall" m.E. zu Recht ein, daß es keine Ausnahmen vom Tötungsverbot geben dürfe.⁶⁾

(6) Auch Janka erhob den Rang der beteiligten Interessen zum Notstandskriterium. Er stellte aber nicht auf die Verhältnismäßigkeit sondern die "Unverhältnismäßigkeit, das Mißverhältnis" der Güter ab.⁷⁾ Damit vertrat Janka die

1) Hälschner, aaO S.271; ebenso Stammler, aaO S.74

2) dies wird von Otto in seiner allzu knappen Darstellung übersehen, weshalb sich eine Auseinandersetzung hiermit freilich nicht erübrigt; s. Otto, aaO S.63

3) s. FN 1

4) Stammler, aaO S.76,77

5) aaO; s.u. Teil 3, III, 1 c (3), S.147 ff

6) 14 Q.B.D. 1884/85, 273, (288); s.u. Teil 3, VI, 2 i, S.294

7) Janka, aaO S.205

moderne Interessenabwägungstheorie, die wie § 34 StGB auf das überwiegende Interesse abstellt.

(7) Als letzter Vertreter der Hegel'schen Schule sei Berner genannt. Die Rettung von Leib und Leben zu Lasten des Eigentums erklärte er in der 1. Auflage seines Lehrbuchs für rechtmäßig, weil jene Güter "die unersetzbaren Träger der lebendigen Persönlichkeit" seien.¹⁾ Das Eigentum stehe dazu nur in einem relativen Verhältnis. In den späteren Auflagen seines Lehrbuchs hielt Berner dann j e d e s Recht für notstandsfähig. Einen Maßstab, wie die verschiedenen Rechte gegeneinander in ihrem Wert zu bestimmen sind, nannte Berner nicht. Besondere Erwähnung verdient jedoch seine Behandlung der Fälle, in denen Menschenleben miteinander in Konflikt geraten, und nur eines davon existieren kann. Er ging hier wesentlich weiter als seine Zeitgenossen, da er seine Notstandsfälle nicht einheitlich sondern in einer differenzierenden Weise zu lösen verstand. Wenn g l e i c h w e r t i g e Güter kollidierten, nahm er k e i n Notrecht an, sondern hob dann auf die besondere psychische Situation des Täters ab, die ihn entschuldigte. Der Täter sollte entschuldigt sein, wenn es zwar sittlicher gewesen wäre, das eigene Recht untergehen zu lassen, die Ansprüche an die Sittlichkeit aber eine ungewöhnliche Höhe hätte erreichen müssen (Fall des Karneades). Der Staat durfte bei Strafe kein "sittliches Heldentum" fordern.²⁾ Als "heroisch" verstand Berner jemanden, der, wenn sein edler Charakter es ihm gebot, auch in äußerster Not das eigene Wohl hinter das fremde zu stellen vermochte, wenn das Gesetz es verlangte.³⁾ Bei der Kollision u n g l e i c h w e r t i g e r Güter hingegen nahm Berner ein N o t r e c h t zu Gunsten des höheren Rechtes an.

Berner hat somit erstmalig beide Kriterien des Notstan-

1) Berner, Lehrbuch, §85, Ziff.1

2) aaO

3) Berner, De impunitate ..., S.13; s.u. Teil 3, VI, 3 a, S.296 FN 3

des, nämlich das objektive und das subjektive miteinander verbunden. Die Straflosigkeit stützte sich nach Berner

"nicht immer auf dieselbe Grundlage, sondern sie gründet sich bald auf eine bloße Entschuldigung, bald auf ein Nothrecht." 1)

Mit dieser Unterscheidung in einen rechtfertigenden und in einen entschuldigenden Notstand hat Berner die heute herrschende Differenzierungslehre in ihrem Prinzip erstmalig ausgesprochen. Es sollte jedoch noch längere Zeit dauern, bis diese Lehre²⁾ in Deutschland Anerkennung gefunden hat.³⁾

Wenn Berner auch die reine subjektive Lehre Feuerbach's ablehnte,⁴⁾ so ist es doch sein Verdienst, daß er die gegensätzlichen Meinungen über den Notstand verband und dazu beitrug, die Unklarheiten, die jede dieser Lehren in sich trägt, zu beseitigen.

Eine Nachfolge in einer ebenfalls "zweispurigen Notstandstheorie"⁵⁾ fand Berner in Wessely.⁶⁾

1) Berner, Lehrbuch, (18.Aufl.), §57

2) der Begriff der "Differenzierungstheorie" tauchte erstmalig in der 25. Auflage des Lehrbuchs von Liszt-Schmidt auf, S.192

3) vergl. Bockelmann, aaO S.66; Jescheck, aaO §33 I,1, S.283, 284

4) "Nicht die Zurechnungsfähigkeit, sondern die Zurechnung wird durch die äußere Gewalt aufgehoben: dies auseinanderzuhalten ist von der höchsten Wichtigkeit," Berner, Grundsätze des preußischen Strafrechts, S.61; s.o. 3, S.48

5) Otto, aaO S.64; vergl. Bockelmann, aaO S.65 ff

6) Wessely, Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Recht, S.13 ff

T e i l 2 : Die Entwicklung in Deutschland

I. Die Gesetzgebungen im 18. Jahrhundert.

Bereits im 18. Jahrhundert fanden sich in den einzelnen Staaten Bestimmungen über den Notstand. Hier sind insbesondere Österreich, Bayern und Preußen zu nennen.

Art.11 §8 II der Constitutio Criminalis Theresiana von 1768 bestimmte:

"Wenn Gewalt, Noth und Forcht zur Entschuldigung vorgeschützt wird, ist zu erwegen: ob solche Zunöthigung so beschaffen gewesen, daß auch eine standhafte Person sich hieran entsetzen könne? dann wie schwer die Rettungsmittel gewesen? und ob man sich nicht selbst muthwillig darein gestürzt habe? nebst dem soll man eines jeden seinen besonderen Stand, Leibs- und Gemüthsbeschaffenheit, und andere dergleichen Umstände wohl in acht nehmen, und darnach ermesen, wie weit die Straff zu mildern oder nachzusehen sein möchte."

Ähnlich bestimmte das Josephinische Strafgesetzbuch von 1787 §5:

"... der Abgang des freien Willens spricht von der Anschulldigung eines Kriminalverbrechens los ... e) wenn bei der gesetzwidrigen Unternehmung ein Zwang, eine unwiderstehliche Gewalt vorhanden war."

Im Codex iuris Bavar. criminalis von 1751 stand in Pars I cap.1 §4 zu lesen:

"Wem es an genugsamen Verstand oder freyen Willen ermangelt, der ist keines Verbrechens fähig. Was demnach ... aus Noth - Zwang geschieht, wird für kein Verbrechen geachtet."

Der Wortlaut in §33 findet sich weitgehend in der Theresiana wieder:

"Wenn zur Entschuldigung die Noth und Forcht vorgeschützt wird, ist zu erwegen, wie hoch die Noth gewesen, und wie schwer die Rettungsmittel gefallen, auch ob man sich nicht selbst muthwillig hierinn gestürzt habe. Nebst deme soll man eines jeden seine besondere condition, Leibs- und Gemüthsbeschaffenheit, und andere dergleichen Umständ wohl in Obacht nehmen und darnach ermäßigen, wie weit die Straff zu mildern oder gar nachzusehen sein mögte."

Diese Bestimmungen reichten weiter als die der CCC. Sie hielten nicht beim Notdiebstahl und Totschlag inne, sondern lösten den Notstand vom konkreten Tatbestand. Sie erkannten den Notstand bereits als ein grundsätzli-

ches Problem. Gemeinsam ist diesen Vorschriften, daß sie Notstand immer in Fällen unwiderstehlichen Zwangs angenommen haben. Wer unter dem Einfluß einer Drohung handelte, der ein Mensch mit durchschnittlicher psychischer Widerstandskraft nicht standhalten konnte, sollte durch Notstand entschuldigt sein.¹⁾ Der Notstand als vis compulsiva beherrschte dann im ganzen 19. Jahrhundert das französische Recht (Art.64 CP).²⁾

In Preußen befand sich im Allgemeinen Landrecht (ALR) von 1794 eine Bestimmung über den Notdiebstahl, in der allerdings nur die "Begnadigung des Thäters" für angezeigt erachtet wurde.³⁾ Dies erinnert an die Praxis der "Lettre de Grâce", wie sie in Frankreich vor der Revolution gehandhabt wurde.⁴⁾ Im ersten Abschnitt "von Verbrechen und Strafen überhaupt" wurden außerdem Fälle von Furcht und Drohung behandelt. §§19 - 21 ALR bestimmten:

" (§19) Furcht vor Drohungen, deren Gefahr mit Hülfe des Staats oder sonst abgewendet werden konnte, rechtfertigt den Verbrecher nicht.

(§20) In wie fern der Bedrohte die Furcht zu überwinden, und die Gefahr selbst abzuwenden vermögend gewesen sey? muß nach Lage der Umstände, besonders aber nach seiner Gemüths- und Leibesbeschaffenheit beurtheilt werden.

(§21) Furcht vor einem bloßen Schaden am Vermögen, oder vor Uebeln, die in der Folge gehoben werden können, entschuldigt nicht die vorsätzliche Zufügung eines unersetzlichen Schadens."

Das ALR entschuldigte Furcht und Drohungen demnach nur, wenn unersetzliche Güter in Gefahr standen, und die Gefahr nicht durch staatliche Hilfe behoben werden konnte.

II. Die Partikulargesetzgebungen im 19. Jahrhundert.

Die Partikulargesetzgebungen im 19. Jahrhundert knüpften

-
- 1) vergl. Rabe, Die Entwicklung ..., S.21; Stammler, Darstellung ..., S.35, 36
 - 2) s.u. Teil 3, III,1 b, S.138 ff
 - 3) ALR §1115, XX.Tit im II.Theil "Von den Verbrechen und deren Strafen"; s. ferner §1576
 - 4) s.u. Teil 3, III,1 a, S.134 und VI,2 i, S.296

an die Bestimmungen aus dem 18. Jahrhundert an. Gemeinsam war den neuen deutschen Gesetzen, daß man zur Erhaltung der eigenen P e r s o n oder anderer Personen (zumeist naher Angehöriger) in andere Rechtsgüter (und zwar auch Menschenleben) eingreifen durfte, wenn ein anderer Weg sich nicht bot und die Gefahr unmittelbar bevorstand.¹⁾ Ein N o t r e c h t wurde in k e i - n e m der Gesetze angenommen.²⁾

Die meisten deutschen Gesetzbücher waren damit schon aus dem Stand der "vis - Lehre" hinausgewachsen. Die später erlassenen §§ 52, 54 RStGB entsprachen im Wesentlichen diesen Vorschriften.³⁾

1. Bayern

Eine führende Rolle innerhalb der einzelnen Gesetzgebungen sollte das bayerische Strafgesetzbuch von 1861 sowie dessen Entwurf von 1822 übernehmen. Während sich das von Feuerbach geprägte Strafgesetzbuch von 1814⁴⁾ noch mit einer "vis - Regelung" begnügt hatte,⁵⁾ stellte der Entwurf von 1822 auf die unmittelbare Gefährdung des eigenen Lebens oder das anderer ab, wobei der Notstand nicht absichtlich herbeigeführt werden durfte:

Art.85 E 1822: "Wer außer dem Falle der Nothwehr eine unerlaubte Handlung begangen hat, um eine gegenwärtige Gefahr für sein eigenes oder eines anderen Menschen Leben abzuwenden, ist straflos. Hat der Verletzte den Zustand der Noth absichtlich herbeigeführt, um unter diesem Vorwande eine Rechtsverletzung zu begehen, oder hat er die rechtmäßigen Grenzen überschritten, so ist er der gesetzlichen Strafe verfallen."

Die Formulierung dieses Entwurfs zeigt deutlich, daß die Bestimmungen im RStGB von 1871 hierauf zurückgegriffen

-
- 1) vergl. v.Bar, Ges.u.Schuld III, §109, S.240; Stammer, aaO S.58 ff
 - 2) von Bar, aaO
 - 3) s.u. III,2, S.65
 - 4) Art.121: "Eine That ist straflos, ... wenn Jemand durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen und unabwendbaren Gefahr für das Leben verbunden war, zu einer sonst sträflichen Handlung genöthigt worden ist."
 - 5) vergl. v.Bar, aaO S.239; Rabe, aaO S.53; Stammer, aaO S.55 ff; zum Einfluß Feuerbach's auf das StGB von 1813: Naucke, ZStW 87 (1975), S.861 ff (866)

haben.

In Art. 67 II bayer.StGB von 1861 wurde Art. 85 E 1822 allerdings nicht übernommen. Das Gesetz begnügte sich vielmehr ohne nähere Umschreibung mit dem Wort "Notstand", wobei aus dem Zusammenhang mit dem ersten Absatz dieser Vorschrift zu erkennen ist, daß es sich um einen Fall beschränkter Selbstbestimmung handeln mußte.

"Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn dem Handelnden zur Zeit der That wegen Blödsinnes, Wahnsinnes, Raserei, höchsten Grades der Betrunkenheit oder aus ähnlichen Ursachen die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der That nöthige Urtheilskraft gänzlich gemangelt hat.

Gleiches gilt in dem Falle, wenn zur Zeit der That die Freiheit der Willensbestimmung des Handelnden durch Gewalt oder Drohung gegen ihn oder einen seiner in Art.61 genannten Angehörigen oder durch Nothstand ausgeschlossen war."

Überflüssiger Weise behandelte Art.73 - ähnlich wie später §52 RStGB - den Fall des Nötigungsnotstandes gesondert neben Art.67 bayer.StGB. Diese Doppelregelung war in vielen Landesgesetzen enthalten.

Auf Grund des grammatikalischen Aufbaus in Art.67 bayer. StGB konnte der Notstandstäter, wenn er nicht durch Gewalt oder Drohung bestimmt worden war, nicht zu Gunsten seiner Angehörigen sondern nur für sich selbst tätig werden.¹⁾ Eine solche Auslegung vom Gesetzeszweck her und aus dem Zusammenhang mit der ganzen Vorschrift erscheint m.E. allerdings fragwürdig.

Auf ein Verschulden wurde im Gegensatz zu Art.85 E 1822 nicht abgestellt.²⁾

2. Die übrigen deutschen Strafgesetzbücher außer Preußens

Die übrigen deutschen Partikulargesetzbücher enthielten zumeist eine der bayerischen vergleichbare Regelung.³⁾ Zu nennen sind Art.106 StGB für das Königreich Württem-

1) Weis, Das Strafgesetzbuch ... für Bayern, Art.67, S.197

2) Weis, aaO S.195

3) vergl. Stammler, aaO S.55 ff

berg von 1839; §84 Nr.7 Allgemeines Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover von 1840; §34 Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig von 1840; Art. 45 Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen von 1841; Art.42 Strafgesetzbuch für Nassau von 1849; Art. 45 Strafgesetzbuch für Frankfurt von 1856; §81 Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden von 1845; Art.65 des Thüringischen Strafgesetzbuchs; Art.92 Revidirtes Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1868; Art.30 Criminalgesetzbuch für Hamburg von 1869.

Das österreichische Strafgesetzbuch von 1803 und 1852 behandelte den Notstand wie die vorangegangenen Gesetze¹⁾ und ähnlich wie Art.64 CP als einen Fall unwiderstehlichen Zwangs.²⁾

3. Preußen

Einen anderen Weg als Bayern und die übrigen deutschen Länder hatte Preußen beschritten. Die Notstandsvorschrift des Strafgesetzbuchs von 1851 war ganz dem Art.64 CP nachgebildet und kodifizierte damit die in Frankreich herrschende Lehre der "contrainte morale"³⁾.

§40 pr.StGB 1851: "Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der That wahnsinnig oder blödsinnig, oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder durch Drohung ausgeschlossen war."

Art.64 CP: "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l' action, ou lorsqu' il a été contraint par une force, à laquelle il n'a pu résister."

Eine Notstandsvorschrift wie in den anderen deutschen Ländern hielt man nicht für notwendig.⁴⁾ Fälle wie etwa von Seenot kamen nach Ansicht des Gesetzgebers nur selten vor; man sah hier einen Ausweg über den Gnadenweg. Zudem befürchtete man, ansonsten unmoralisches Tun zu

1) s.o. I, S.57

2) vergl. Janka, Der strafrechtliche Notstand, S.226

3) v.Bar, aaO §109, S.239; Goltdammer, Materialien, S.404; Janka, aaO S.224; Mittermaier, GA VII, S.173; Rabe, aaO S.59 ff; Stammler, S.55; v.Waechter, Sächs.-Thür. Strafrecht, S.359, 387; s.u. Teil 3, III 1 b, S.138 ff

4) Goltdammer, Materialien, S.373 ff

legalisieren, und schließlich sah man sich auch gar nicht in der Lage, den Notstand richtig zu definieren.¹⁾ Aus diesem Grunde nahm man das französische Recht zum Vorbild, das eine nähere Umschreibung des Begriffs nicht für nötig befand.²⁾ Auch die preußische Rechtsprechung schien sich dem französischen Recht anzupassen. So hob z.B. das preußische Obertribunal das freisprechende Urteil eines Schwurgerichtes auf, welches über einen Angeklagten, der aus Eifersucht seine Geliebte getötet hatte, zu entscheiden hatte.³⁾ Nach Ansicht des Obertribunals konnte ein von i n n e n herrührender Umstand (Eifersucht) die Willensfreiheit in der nach §40 pr.StGB erforderlichen Weise nicht ausschließen. Ebenso vermochte die "contrainte morale d' origine interne" eine "contrainte" im Sinne von Art.64 CP nicht zu begründen.⁴⁾ Der Umstand mußte vielmehr von a u ß e n an den Täter herantreten. Es gab allerdings auch Stimmen, die sich für eine extensive Auslegung des §40 pr.StGB aussprachen.⁵⁾

Es erstaunt, daß der preußische Gesetzgeber sich zu dieser engen Vorschrift bestimmen ließ, da er doch von den als zu eng empfundenen Vorschriften des ALR wegkommen wollte⁶⁾ und genügend Vorbilder in den anderen Gesetzgebungen und Entwürfen hatte. Die dem Strafgesetzbuch von 1851 vorangegangenen Entwürfe schienen auch auf einen solchen Weg einer großzügigeren Gesetzgebung hinzuweisen. Zu nennen sind die Entwürfe von 1836 und 1846; erst der Wortlaut in dem Entwurf von 1850 stimmte mit dem Gesetz von 1851 (§40) überein. Die Entwürfe befaßten sich vor allem mit Fragen, zu Gunsten welcher Personen der Notstandstäter tätig werden durfte, ob sich die Gefahr nur gegen Leib und Leben richten mußte oder durfte,

1) Goltdammer, Materialien, S.370 ff

2) Mittermaier, GA VII, S.173; ebenso der niederländische Gesetzgeber (Art.40 Sr) - s.u. Teil 3, IV 1, S. ff

3) Archiv für Preußisches Strafrecht II, S.921; vergl. Mittermaier, aaO S.168

4) s.u. Teil 3, III 1 b (4), S.143 ff; ebenso zunächst in den Niederlanden, s.u. Teil 3, VII 1 u.2., S.312 ff

5) Hälschner, System d.preuß.Strafr., I, §69, S.278; Oppenhoff, Das preuß. Strafgesetzbuch, §40 Anm.16

6) Goltdammer, aaO S.370 ff; Stammler, aaO S.54, 55

schließlich seit 1827, wie die Voraussetzungen für den Notstand überhaupt aussehen mußten, und gegen welche Rechtsgüter der Täter einschreiten durfte.¹⁾ Der Entwurf von 1836 hatte folgenden Wortlaut:

§80 E 1836: "Handlungen, welche in einer das Leben und die Erhaltung des Handelnden oder seiner Kinder, seiner Eltern oder seines Ehegatten bedeutend bedrohenden und durch kein anderes Mittel abzuwendenden Noth begangen worden, sind, insoweit sie nur die Abwendung dieser unvermeidlichen Gefahr bezwecken und sich darauf beschränken, straflos." 2)

Trotz vieler Bedenken, daß zu viele Verbrechen straflos blieben,³⁾ hatte damals die Gesetzgebungskommission für Fälle, in denen die Willensfreiheit durch Notstand aufgehoben sein sollte, eine gesetzliche Regelung für erforderlich gehalten, wobei die Vorschrift zunächst auf die Möglichkeit zur Rettung irgendeines Menschen erweitert worden war,⁴⁾ dann aber andererseits durch die Revision von 1845 dahingehend beschränkt wurde, daß sich die Notstandshandlung nur gegen fremdes Eigentum richten durfte.⁵⁾

III. Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches.

1. Der Norddeutsche Bund

Das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes änderte nichts wesentlich an dem Gesamtzustand der deutschen Partikulargesetzgebungen. Es stellte zum großen Teil eine Umarbeitung des preußischen Strafgesetzbuchs von 1851 dar, enthielt aber auch Recht der übrigen Staaten, insbesondere Bayerns.⁶⁾

1) vergl. Goltdammer, Materialien, S.370 ff

2) Goltdammer, aaO S.374

3) es wurde vorgeschlagen, sich lieber entsprechend der älteren Regelung nach §1115 II ALR mit dem Gnadenweg zu behelfen

4) §91 E 1843; Immediatkommission 1843 I, S.103,104,198,199; Staatsrathsakten I.Pol.94; Goltdammer, aaO

5) Revision v.1845, S.203,204; §67 E 1845; §57 E 1846; §59 E 1847; vergl. Goltdammer, aaO S.374,375

6) vergl. v.Bar, aaO S.240 ff; Gerland, Deutsch.Reichs-strafrecht, S.52 ff

Gerade der Notstand wurde nicht dem preußischen Strafgesetzbuch entnommen; vielmehr fand er in den §§ 52, 54 StGB NDB eine Regelung nach "bayerischem Muster", und zwar entsprechend dem Entwurf von 1822.¹⁾ Die "eigentliche" Notstandsregel befand sich in § 54 StGB NDB, während §52 sich - unnötigerweise - mit dem Unterfall des Nötigungsnotstandes befaßte.²⁾ Die eigentlichen Fälle der Unzurechnungsfähigkeit wurden gesondert in § 51 geregelt.³⁾ § 54 hatte folgenden Wortlaut:

§54 StGB NDB: "Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung außer dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist."

Oppenhoff kommentierte diese Vorschrift wie folgt:

"Ein Nothstand liegt vor, wenn zwei verschiedene, selbstständig neben einander bestehende, Berechtigungen thatsächlich in ein solches Verhältniß zu einander treten, daß die eine nur durch die Verletzung der anderen zu bestehen vermag." 4)

Der Grund, warum man im Unterschied zu §40 pr.StGB 1851 in dem neuen Strafgesetzbuch den Notstand und die Unzurechnungsfähigkeit jeweils gesondert geregelt hatte, lag weniger, wie man zunächst vermuten könnte, darin, daß man eine genaue, möglichst umfassende Definition des Notstandes in das Gesetz hineinnehmen wollte. Vielmehr erklärte er sich aus der Schwierigkeit, die sich bei der Umschreibung der Unzurechnungsfähigkeit infolge krankhafter Störung des Geisteszustandes ergab. Einfach erschien dagegen die Notstandsbeschreibung. Das Schwergewicht wurde so auf die Definition der Unzurechnungsfähigkeit gelegt, während die (scheinbar) einfachere Beschreibung der im Notstand beschränkten Willensfreiheit sich besser in einer eigenen Vorschrift darstellen ließ, die dann nicht dem preußischen sondern den anderen Strafgesetzbüchern entsprechen sollte.⁵⁾

1) s.o. II,1, S.59

2) v.Bar, aaO §109, S.241; Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, §52, Anm.3

3) vergl. Motive zu §§51,52 bei Höinghaus, S.81 ff

4) Oppenhoff, aaO §54, Anm.1

5) vergl. Motive zu §51, Höinghaus, S.75 ff, 78

Bei der Kodifizierung übersah der Gesetzgeber freilich, daß den komplexen Lebenssachverhalten, in denen aus einer Notlage heraus gehandelt wird, diese eine Vorschrift, die doch all diese Vorgänge erfassen sollte, keineswegs gerecht wurde. Denn gerade in einem Zeitalter zunehmender Industrialisierung und des immer fortschreitenden Ausbaus der Privatsphäre der Einzelpersonen konnte ein Schutz lediglich von Leib und Leben nicht ausreichen. Erst der Reichsgesetzgeber vermochte durch die Vorschriften des zivilrechtlichen Notstandes in §§228 und 904 BGB diese Lücke - wenn auch nicht vollständig - zu füllen.

Auch die Beschränkung der Notstandstat in §54 StGB NDB auf Handlungen zu Gunsten der Angehörigen und des Täters selbst vermochte den wirklichen Bedürfnissen nicht zu genügen. Es müssen nicht nur Verwandte sein, für die sich jemand opfert und eine strafbare Handlung begeht; in einem solchen Falle ist die Forderung nach Straffreiheit ebenso gerechtfertigt, sofern sich der Täter durch irgendeine persönliche Beziehung zu der Tat genötigt sah.

2. Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reichs von 1871

Die §§ 52 und 54 StGB NDB sind wörtlich im Reichsstrafgesetzbuch unter Beibehaltung ihrer Nummerierung aufgenommen worden, so daß sich gegenüber der Rechtslage im Norddeutschen Bund nichts geändert hat. Damit ist das Reichsstrafgesetzbuch, das immerhin bis 1974 galt, mit den §§ 52, 54 auf dem Standpunkt der früheren deutschen Partikulargesetzgebungen verblieben.¹⁾

Kritik fand die im Reichsstrafgesetzbuch getroffene Notstandsregelung zum einen darin, daß unnötig in den §§ 52, 54 RStGB zwischen Nötigungsnotstand und Notstand unterschieden wurde, weil ersterer nur einen Unterfall letzteren darstellt²⁾, zum anderen, daß der Gesetzgeber

1) vergl. v.Bar aaO S.241

2) v.Bar, aaO; Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18.Aufl., S.105; v.Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9.Aufl., S.144, 145

den Notstand an zu viele und zu enge Voraussetzungen geknüpft hat, wodurch das Gesetz nur begrenzt Anwendung finden konnte.¹⁾ Die Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, die auf Grund der Einheit der Rechtsordnung auch im Strafrecht gelten,²⁾ vermochten die Lücke nicht völlig zu schließen. §§ 228, 904 BGB regeln den sogenannten "Sachnotstand". Sofern von einer Sache aus eine Gefahr ausgeht, die den Täter oder einen Dritten in irgendeiner Weise bedroht, sei es, daß er sich dadurch in Leibes- oder Lebensgefahr, sei es in Vermögensgefahr befindet, ("Verteidigungsnotstand"), oder wenn die Gefahr zwar nicht von der Sache ausgeht, der Eingriff in die Sache aber zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist ("Angriffsnotstand"), ist es dem Täter erlaubt, diese Sache zur erforderlichen Gefahrenabwehr zu zerstören oder zu beschädigen. Der Eigentümer derselben Sache muß diese Einwirkung dulden, sofern der dadurch entstehende Schaden gegenüber dem drohenden Schaden beim Täter nicht außer Verhältnis steht (§§ 228, 904).³⁾ Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind somit alle rechtlichen Interessen - auch ideelle Güter - notstandsfähig.⁴⁾ Außerdem kann der Täter zu Gunsten j e d e r dritten Person (und nicht nur seiner Angehörigen) tätig werden. Durch die ausdrückliche Formulierung im Gesetzestext: "... handelt nicht widerrechtlich ..." war seit je her klar gestellt, daß es sich beim zivilrechtlichen Notstand um einen R e c h t f e r t i g u n g s g r u n d handelt.⁵⁾ Gegenüber dem zivilrechtlichen Notstand mußte der strafrechtliche in § 54 RStGB als wesentlich enger erscheinen. Die Beschränkung der notstandsfähigen Güter auf Leib und Leben sowie der "Schutzpersonen" auf den Täter selbst

1) Berner, aaO S.103

2) Palandt-Heinrichs, BGB §228 Anm.1 ff; Palandt-Bassenge, BGB §904 Anm.1 ff; Soergel-Siebert-Baur, BGB §904 Rdnr.17; vergl. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S.152

3) Palandt-Heinrichs, aaO

4) Palandt-Heinrichs, aaO Anm.1 a; vergl. RGSt 34, 295

5) Palandt-Heinrichs, aaO Anm.1; Palandt-Bassenge, aaO; Soergel-Siebert-Baur, aaO Rdnr.15 ff; vergl. v.Bar, aaO §§110 ff, S.242 ff; Goldschmidt, Der Notstand ..., S.7; Jescheck, Lehrbuch, §33 II u. III, S.285 ff

und seine Angehörigen vermochte nicht zu befriedigen. Außerdem gab § 54 RStGB durch die Formulierung: "eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn ..." keinerlei Aufschluß darüber, ob es sich hierbei um ein Notrecht, oder einen Entschuldigungsgrund handelte. Die h.M. behandelte die Vorschrift m.E. zu Recht als Entschuldigungsgrund,¹⁾ denn sonst wäre z.B. auch die Tötung mehrerer Menschen zur eigenen Rettung aus einer gegenwärtigen Lebensgefahr nach § 54 RStGB gerechtfertigt gewesen - ein Ergebnis, das die Rechtsordnung sicherlich nicht trägt.²⁾ Ebenso hätte jemand, der sich in einfacher Leibesgefahr befand, mit Billigung der Rechtsordnung einen anderen töten können.²⁾

3. Der übergesetzliche Notstand

Obwohl im Strafrecht durch das Hinzuziehen der Vorschriften des zivilrechtlichen rechtfertigenden Notstandes sich eine größere Anzahl von Fällen lösen ließ, auf die der entschuldigende Notstand des § 54 RStGB nicht paßte, war damit das Problem noch keineswegs bewältigt. Im Zivilrecht wird nur der "Sachnotstand" behandelt: z.B. Einbruch in ein fremdes, leerstehendes Nachbarhaus, um eine gebrochene Wasserleitung zur Verhütung eines größeren Schadens zu reparieren; Bombardierung eines aufgelaufenen Tankers, um eine Verunreinigung des nahe gelegenen Strandes durch ausgelaufenes Öl zu verhindern;³⁾ Tötung eines tollwütigen Hundes, der im Begriff ist, den Täter anzugreifen. Hinzu kommen noch einige Sonderbestimmungen wie z.B. §23 I Nr.2 Landes Jagd Gesetz von Baden-Württemberg, wonach der Jagdberechtigte z.B. einen wildernden Hund erschießen darf.⁴⁾ Umgekehrt waren auch Fälle denkbar, in denen nur der strafrechtliche Notstand (§54 RStGB) zu helfen vermochte,⁵⁾ z.B. in einem Fall von

1) s. Otto, Pflichtenkollision, S.67; Schönke-Schröder, StGB 17.Aufl., §54 Rdnr.1; Vorb.zu §51 Rdnr.90

2) RGSt 61, 242 ff (249)

3) nach Jescheck, Lehrbuch, §33, II,1 S.285

4) Ges.v. 25.7.1969, GBl. S.175; Jescheck, aaO; Palandt-Heinrichs, BGB §228, Anm.1; vergl. §23 BJagdG

5) vergl. Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, S.28

Bergnot: von zwei Bergleuten kappt der obere das Seil, wodurch der unter ihm befindliche Begleiter in die Tiefe stürzt. Auf diese Weise kann sich der eine Bergsteiger retten; ohne Durchschneiden des Seils wären beide zu Tode gekommen.

Dennoch reichten die Vorschriften für den nicht selten vorkommenden Fall des medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruchs nicht aus. Auch die Vorschriften aus dem ärztlichen Berufsstand konnten hier nicht helfen. Über die Straflosigkeit dieses den Tatbestand des § 218 RStGB erfüllenden Eingriffs bestand weitgehend Einigkeit. Doch führte die rechtliche Lösung zu zahlreichen Kontroversen. Der Arzt konnte sich weder auf den Sachnotstand noch auf § 54 RStGB berufen, weil er regelmäßig nicht als Angehöriger der Schwangeren handelt. Man sah sich somit gezwungen, eine Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs im überpositiven Bereich zu suchen, wenn man dem Wortlaut von § 54 RStGB keine Gewalt antun wollte. Es mußte dann jedoch geklärt sein, ob der Gesetzgeber mit § 54 RStGB neben den anderen Notstandsvorschriften den Notstand abschließen und regeln wollte, oder ob er § 54 nur auf zählende Eigenschaft beimessen wollte. Denn nur bei explikativem Charakter war eine Lösung im überpositiven Bereich möglich; eine Praeclusion hätte eine Neukodifizierung erfordert. Die Motive des Gesetzgebers des Norddeutschen Bundes, (die wegen der wörtlichen Übernahme des Gesetzes in das Reich ebenso für das RStGB gelten), lassen erkennen, daß er zunächst von einem sehr allgemeinen Notstands begriff ausgegangen war. Er wurde dort als der Konflikt zweier Rechtskreise vorgestellt, der nach dem Güterabwägungsgrundsatz zu lösen war.¹⁾ Wenn das Gesetz dann auch wesentlich enger formuliert wurde, so kann § 54 im Zusammenhang mit den Motiven doch entnommen wer-

1) "Während die Nothwehr sich als die Vertheidigung eines Rechts gegen einen ungerechten Angriff darstellt, ist der Nothstand die Kollision zwischen zwei Rechten, bei welcher das geringere Recht dem Größeren weichen muß," Motive zu §54 StGB NDB bei Höinghaus, Das neue Strafgesetzbuch ..., S.82

den, daß hinter dieser Vorschrift allgemeinere Gedanken standen, die der Gesetzgeber für den Notstandsbegriff für maßgeblich gehalten hatte. § 54 RStGB kam somit nicht präkludierende sondern explikative Bedeutung zu.¹⁾

In seiner berühmten Entscheidung vom 11. März 1927 führte das Reichsgericht eine Klärung dieses Problemes herbei, indem es sich für die Anerkennung eines ü b e r g e - s e t z l i c h e n , r e c h t f e r t i g e n d e n Notstandes aussprach.²⁾ Das Gericht hatte über die rechtliche Bewertung eines medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruchs zu entscheiden. Der beschuldigte Arzt hatte an einer Schwangeren auf deren Wunsch hin eine Abtreibung vorgenommen, um auf diese Weise eine akute Selbstmordgefahr der Schwangeren zu verhindern. Die Geburt des Kindes hätte die Mutter psychisch nicht ertragen. Nachdem das Gericht das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 218 RStGB bejaht hatte, prüfte es die Rechtswidrigkeit der angeklagten Handlung.

a) Das Gericht brachte zunächst zum Ausdruck, daß die Prüfung der materiellen Rechtswidrigkeit nicht nur dem (geschriebenen) Strafrecht, "sondern aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen" sei,³⁾ und stützte die Ansicht insbesondere auf § 20 des amtlichen Entwurfs zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1927, nach welchem eine strafbare Handlung nicht vorliegen sollte, "wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen" war. Damit war das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung gewährleistet.

b) Danach mußten sich die Richter dazu entscheiden, wel-

1) Mezger schrieb hierzu: "... ein einzelner, besonderer Schuldausschließungsgrund, dessen Nichtzutreffen weder sonstigen Ausschluß der Rechtswidrigkeit, noch solchen der Schuld hindert," Mezger, Strafrecht, München & Leipzig 1931, S.367

2) RGSt 61, 242 ff (I 105/26); vergl. Wachinger, Frank-Festgabe Bd. I, S.472 ff

3) RGSt 61, 247

chen Charakter § 54 RStGB hatte, da sie die medizinische Indikation als einen Notstand ansahen. Es kam ein Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder persönlicher Strafausschließungsgrund in Betracht.¹⁾ Das Reichsgericht erkannte in § 54 richtiger Weise einen Entschuldigungsgrund.²⁾ Der allgemeinere Gedanke in den Motiven,³⁾ der auf einen Rechtfertigungsgrund schließen läßt, sei im Gesetz selber nicht durchgeführt worden. Der Gesetzgeber habe auf die besondere Notlage des Täters abgestellt, von dem mit Rücksicht auf die menschliche Natur, insbesondere dem in schweren Notlagen erwachenden Selbsterhaltungstrieb kein unannehmbares Heldentum verlangt werden könne. Der Täter sei daher entschuldigt, wenn er in solcher Lage gegen das Recht verstößt.

c) Das Reichsgericht befand sodann, daß § 54 RStGB auf den beschuldigten Arzt keine Anwendung finden konnte, da dieser kein naher Angehöriger der Schwangeren war. Auch die Einwilligung der Schwangeren vermochte hier nicht zu helfen: zwar konnte sie *s e l b s t* die Abtreibung vornehmen, wenn sie durch § 54 RStGB entschuldigt war. Doch konnte die Entschuldigung die Schwangere nur persönlich entlasten, während der Makel der rechtswidrigen Tat blieb. Aus diesem Grunde suchte das Gericht die Rechtfertigung *a u ß e r h a l b* von § 54 RStGB im überpositiven Bereich (übergesetzlicher Notstand).

d) Zum Kriterium für den übergesetzlichen rechtfertigten Notstand erhob das Gericht das Güterabwägungsprinzip. Es ging zunächst vom "Ganzen der Rechtsordnung" aus und nahm sodann die Güterabwägung vor, indem es das ungeborene Leben dem bestehenden Leben der Mutter gegenüberstellte.⁴⁾ Den Vorrang verdiente nach Ansicht des Gerichts das Leben der Mutter. Gleichzeitig verwarf das Reichsgericht die von der Vorinstanz ebenfalls zur Rechtfertigung

1) die Rechtsprechung war sich bis dahin noch nicht einig; vergl. RGSt 57,268; 60,88 (89); 28,164; zum Stand der Literatur s.Otto, Pflichtenkollision, S.65 ff; s.o. 2), S.67 FN 1

2) s.o. 2), S.67 FN 2

3) s.o. S.68 FN 1

4) RGSt 61, 254 ff

tigung herangezogene "Zwecktheorie", nach welcher es darauf ankommen sollte, ob das vom Täter angewandte M i t t e l einem von der Rechtsordnung anerkannten Z w e c k diene (Mittel-Zweck-Relation). Das Reichsgericht hielt diesen Weg in der Praxis für bedenklich.¹⁾

"... Nahezu allgemeine Anerkennung hat dagegen der folgende, aus jenem Rechtsgedanken abgeleitete, aber wesentlich enger gefaßte Grundsatz gefunden: In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechenform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboden oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden - Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung." 2)

Das jeweils höherwertige Rechtsgut sollte an der Höhe der Strafandrohung geprüft werden, die das Gesetz bei der Verletzung des jeweils betroffenen Rechtsgutes ausspricht. Der Gesetzgeber droht bei Verletzung des gewordenen Lebens (§§ 211, 212 StGB) eine höhere Strafe an als bei dem Eingriff in das ungeborene Leben (§ 218 StGB).³⁾

In einer späteren Entscheidung stellte das Reichsgericht für die Zulässigkeit eines medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruchs das zusätzliche Erfordernis auf, daß der Arzt die gesamte Lage nach "pflichtgemäßem Ermessen" prüfen muß.⁴⁾ Auf diese Weise wurde der Abtreibung durch fachunkundige Nichtärzte ein Riegel vorge-schoben.⁵⁾ Freilich stellt dieses weitere Erfordernis ein subjektives Rechtfertigungselement dar, das nicht in das System der rein objektiven Abwägung der betroffenen Rechtsgüter paßt,⁶⁾ wenn der Arzt zur Erfüllung dieser Pflicht handeln muß. Aber die reine Güterabwägung ist für eine gerechte Beurteilung ohnehin ungeeignet. Wie

1) aaO S.253

2) aaO S.254

3) aaO S.255

4) RGSt 62, 167

5) vergl. Siegert, Notstand und Putativnotstand, S.27

6) vergl. Jescheck, Lehrbuch, §31 IV, S.263 ff; die gewissenhafte Prüfung als solche ohne die Absicht auf die Pflichterfüllung ist allerdings kein allgemeines subjektives Rechtfertigungselement, Jescheck, aaO, S.265

as Reichsgericht selber ausgesprochen hat, muß die rechtliche Wertung aus "dem Ganzen der Rechtsordnung"¹⁾ getroffen werden. Dann aber dürfen weitere Erfordernisse wie eine Prüfungspflicht oder der subjektive Rettungswille nicht unberücksichtigt bleiben. Das Gesetz selbst verlangt einen Rettungswillen. Durch die Mitberücksichtigung subjektiver Rechtfertigungselemente hat das Reichsgericht zu seiner Güterabwägungstheorie die von ihm verworfene Zwecktheorie doch hinzugenommen. Denn die Bewertung des Handlungs-Zwecks entspricht ja genau dem Prinzip der Zwecktheorie. Die m.E. richtige Kombination beider Theorien ist dann von der Rechtsprechung später konsequent fortgesetzt worden²⁾. Der Gesetzgeber von 1975 hat sie in § 34 Satz 1 und 2 StGB 1975 zum Ausdruck gebracht.³⁾

Nach der bahnbrechenden Entscheidung des Reichsgerichts ist diese Rechtsprechung fortgesetzt und ausgebaut worden. Nunmehr wurde der übergesetzliche rechtfertigende Notstand auf allen Lebensbereichen angewandt, z.B. in Fällen mit politischem Einschlag, bei wirtschaftlichen Konflikten oder im Verkehrsstrafrecht.⁴⁾

Indem das Reichsgericht und die ihm folgende Rechtsprechung einerseits in § 54 RStGB einen Entschuldigungsgrund erblickte und auf die subjektive Lage des Täters abstellte (subjektive Notstandstheorie), andererseits daneben einen - übergesetzlichen - Notstand als Rechtfertigungsgrund anerkannte und hierbei im Wesentlichen auf die objektive Lage Bezug nahm (objektive Notstandstheorie), bekannte es sich zur Existenz zweier Notstandsbegriffe (rechtfertigender und entschuldigender Notstand), die sich gegenseitig nicht ausschließen sondern ergänzen. Dabei müssen

1) s.o. S.69

2) BGHSt 12,299 (Konzertreisefall); BGH NJW 1976,680 (Münchener Anwaltspraxenfall)

3) Jescheck, Lehrbuch, §33 III,3 und IV,3 d. S.287, 291 f

4) eine genaue Rechtsprechungsübersicht befindet sich bei Jescheck, aaO IV,2, S.289

zunächst die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes geprüft werden; erst bei ihrem Nichtvorliegen darf der entschuldigende Notstand zur Prüfung gelangen. Denn entfällt der objektive Vorwurf durch die Rechtsordnung, kommt es auf die subjektiven Umstände beim Täter nicht mehr an.¹⁾

Die Rechtsprechung blieb somit nicht an einer monistischen Notstandslehre im Strafrecht haften, die den Notstand entweder als Rechtfertigungs- oder als Entschuldigungsgrund ansieht, sondern sie bekannte sich zu einer differenzierenden Betrachtung, die beide Formen berücksichtigt. Damit fand die sogenannte "Differenzierungstheorie" ihren Eingang in die Rechtsprechung. Sie war uns zum ersten Mal bei Berner²⁾ begegnet. Die Anerkennung des übergesetzlichen rechtfertigenden Notstandes mußte die Annahme der Differenzierungslehre zwingend zur Folge haben.³⁾ Der Gesetzgeber ist ihr mit der Unterscheidung zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand in §§ 34, 35 StGB 1975 gefolgt.

Die Unterscheidung der beiden Notstandsarten hat auch praktische Konsequenz: Notwehr kann nicht verübt werden gegen einen Angriff, der im rechtfertigenden Notstand erfolgt; wohl aber kann Notwehr gegen einen Angreifer verübt werden, der nur persönlich entschuldigt ist. Teilnahme an einer gerechtfertigten Notstandshandlung ist ebenfalls straflos, während beim entschuldigenden Notstand die Voraussetzungen für die Entschuldigung bei jedem Teilnehmer gesondert vorliegen müssen.⁴⁾

-
- 1) Das wurde in BGH NJW 1979, 2053 offensichtlich übersehen, wo entschuldigender Notstand angenommen wurde, die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes aber dahingestellt blieben; vergl. Jescheck, Lehrbuch, §39 S. 343 ff
 - 2) s.o. Teil 1, VI 4 b, S.54,55
 - 3) Siegert, Notstand und Putativnotstand, S.23
 - 4) vergl. Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, 37 ff, 43 ff; zweifelnd Gimbernat Ordeig, Der Notstand ..., Festschrift für H.Welzel, 1974, S.489 unter Verweis auf Rudolphi, ZStW 78 (1966), S.76 ff (98); Teilnahme an einer rechtswidrigen Haupttat muß m.E. aber strafbar sein, wenn der Haupttäter nur entschuldigt (§35) ist.

Die Differenzierungstheorie ist inzwischen zur ganz herrschenden Lehre geworden.¹⁾ In jüngerer Zeit wird diese Lehre allerdings von Gimbernat Ordeig in Frage gestellt.²⁾ Der Notstand in der Fassung der heute geltenden §§ 34, 35 StGB ist nach seiner Ansicht ein Rechtfertigungsgrund, weil das Strafrecht das in den §§ 34, 35 StGB beschriebene Verhalten gar nicht bestrafen will. Gerade beim entschuldigenden Notstand könnte sich nämlich das Strafrecht auch anders entscheiden: die Verletzung des eigenen Rechtsgutes müßte z.B. hingenommen werden, um das fremde nicht zu beeinträchtigen - das Strafrecht wolle dies nur nicht. Daher habe man es beim Notstand mit einem Rechtswidrigkeitsausschließungsgrund zu tun.³⁾

Dem kann m.E. nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber hat in den §§ 34, 35 StGB durchaus etwas Verschiedenes "gewollt". Die Rechtfertigungsgründe werden aus der Rechtsordnung im ganzen hergeleitet und können auf Grund ihrer Vielfalt nicht von vorne herein festgelegt werden.⁴⁾ Der Gesetzgeber konnte beim rechtfertigenden Notstand daher nicht irgendetwas "wollen", sondern er mußte sich an der Gesamtheit der Rechtsordnung orientieren. Der Tatbestand war dementsprechend weit zu fassen, um zu verhindern, daß die Gerichte wieder auf den übergesetzlichen Notstand ausweichen müssen. Andererseits forderte das Gebot der Rechtssicherheit eine nicht zu weit gefaßte Generalklausel. "Nicht rechtswidrig" in § 34 StGB bedeutet Billigung der Tat durch die Rechtsordnung, weil jene kein materielles Unrecht darstellt.⁵⁾

Anders verhält es sich beim entschuldigenden Notstand. Die Entschuldigungsgründe werden vom Gesetzgeber nach strafrechtlichen Gesichtspunkten entschieden, der so die erforderliche Rechtssicherheit gewährleistet.⁶⁾ Hier entscheidet primär der Gesetzgeber, ob er Straffreiheit gewähren will, obwohl die Rechtsordnung das

1) vergl. Jescheck, Lehrbuch, §33 I,1 S.284 m.w.N.

2) Gimbernat Ordeig, Der Notstand ... Welzel Festschr., S.485 ff

3) Gimbernat Ordeig, aaO S.492

4) Jescheck, Lehrbuch, §31 III,1 u.2, S.262; §47, S.406

5) vergl. Jescheck, Lehrbuch, §43 I,1, S.384

6) vergl. Jescheck, aaO §47, S.406

Tun mißbilligt.¹⁾ Dementsprechend ist § 35 StGB auch an engere Voraussetzungen geknüpft als § 34 StGB. Beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes entfällt die Mißbilligung der T a t durch die Rechtsordnung (objektive Entlastung), bei einem Entschuldigungsgrund wird hingegen wegen des verminderten Unrechts- und Schuldgehalts dem T ä t e r verziehen (subjektive Entlastung), obschon die Tat selber zu mißbilligen bleibt.

Dementsprechend hat der Gesetzgeber in §§ 34, 35 StGB verschiedene Wertungen vorgenommen: im Gegensatz zum rechtfertigenden Notstand mißbilligt er die (rechtswidrige) Notstandstat nach § 35 StGB; die Rechtsgutsverletzung will er gerade nicht, sondern duldet sie nur, weil er auf die persönlichen Verhältnisse des Täters Rücksicht nimmt. Das V e r h a l t e n , das nicht durch § 34 StGB gerechtfertigt ist, will das Strafrecht entgegen Gimbernat Ordeig²⁾ durchaus bekämpfen. So ist z.B. Notwehr gegen einen Angriff eines nur nach § 35 StGB entschuldigten Täters zulässig. Gemeinsam ist den §§ 34 und 35 StGB nur das Ergebnis der Straflosigkeit. Wenn der Gesetzgeber Straflosigkeit "will", bedeutet dies aber nicht, daß er diese einheitlich bewertet. Er kann gegen Vorgänge angehen, ohne sie bestrafen zu müssen oder zu wollen.

IV. Die Reformvorschläge zum Notstand während der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts.

Eine allgemeine Unzufriedenheit über die bisherige Strafgesetzgebung sollte sich bald zu Beginn des 20. Jahrhunderts in der Diskussion zur Schaffung eines neuen Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich zeigen. Sie fiel in eine Zeit einer rapiden technischen und gesellschaftlichen Entwicklung und einem mit ihr einhergehenden raschen Wandel des Zeitbewußtseins. Nach 40-jähriger Gel-

1) Der Gesetzgeber ist dabei allerdings an die Schranken der Verfassung gebunden; z.B. BVerfGE 39, 1 ff
2) aaO S.492, 496

tung des Reichsstrafgesetzbuchs hatte sich das Rechtsbewußtsein geändert. Das Strafgesetzbuch konnte demnach den Bedürfnissen des Rechtslebens nicht mehr gerecht werden. Die Klagen über eine Veralterung des Strafgesetzbuchs häuften sich, zumal sich seit den 80-iger Jahren die moderne antropologische und soziologische Auffassung über das Strafrecht mehr und mehr durchsetzte und die neuen Gesetze im Ausland Schule machten.¹⁾ Auf dem 26. Deutschen Juristentag in Berlin im Jahre 1902 kam die neue Bewegung erstmals zur Geltung: es wurde eine allgemeine Revision des deutschen Strafrechts gefordert.²⁾ Vertreter der modernen und klassischen Schule fanden sich zu einer Zusammenarbeit bereit.³⁾ Die Kommission konnte sich dann bald des ersten Ergebnisses, dem "Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" vom Jahre 1909 (VE) rühmen.

Die Reform der Notstandsvorschrift fiel dabei in eine Zeit völliger Unklarheit über die dogmatische Einordnung und Ausgestaltung des Notstandsbegriffs. Die Differenzierungslehre war zu Beginn des 20. Jahrhunderts noch keineswegs herrschend; Vertreter, die den Notstand als Entschuldigungsgrund ansahen, stritten sich mit solchen, die in ihm einen Rechtfertigungsgrund erblickten. Dann gab es noch besondere Theorien, wie z.B. die von dem "Nichtverbotensein" der Notstandstat oder dem Notstand als persönlichen Strafausschließungsgrund.⁴⁾ Löffler beklagte den "geradezu jämmerlichen Zustand von Verworrenheit, in dem sich die moderne Literatur gerade dieses Kapitels" befand.⁵⁾ Dementsprechend uneinig sollten sich auch die verschiedenen Entwürfe zur Kodifizierung des strafrechtlichen Notstandes in dieser Zeit sein. Erst durch die bedeutende Arbeit von James Goldschmidt über den Notstand sollte Klarheit in die ganze Dis-

1) vergl. K. Meyer, Die Reform des Strafrechts, S.3 ff

2) Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentags 1902, Bd.II, S.681

3) vergl. K.Meyer, aaO 3.6

4) vergl. Goldschmidt, Der Notstand ..., S.2 ff; Jescheck, Lehrbuch, §33 I,1, S.283 m.w.N.

5) Löffler, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1912, S.358

kussion eintreten. Sein besonderes Verdienst ist die klare Herausarbeitung vom Wesen der Schuld-elemente und der Entschuldigungsgründe.¹⁾ Er wies darauf hin, daß der Notstand sowohl Rechtfertigungs- wie Entschuldigungsgrund sein kann.²⁾ Er erkannte die Vielfältigkeit des Notstandes, den er als "Rechtsmikrokosmos" bezeichnete.³⁾ Der Gesetzesentwurf von 1927 (Reichstagsvorlage) sollte erstmalig die Differenzierungstheorie berücksichtigen.

1. Der Vorentwurf von 1909

Der Vorentwurf von 1909 (VE) faßte den in den §§ 52, 54 RStGB geregelten Notstand völlig neu.

§67 VE 1909: "Nicht strafbar ist, wer eine Handlung zur Rettung der Person oder des Eigentums seiner selbst oder eines anderen aus einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht zu beseitigenden, unverschuldeten Gefahr vornimmt, es sei denn, daß die Gefahr nur gering ist oder, soweit es sich nur um die Rettung von Eigentum handelt, der von der Handlung zu erwartende Schaden unverhältnismäßig größer ist als die Gefahr."

Ebenso wie die §§ 52, 54 RStGB gab auch § 67 VE nicht eindeutig zu verstehen, ob es sich um einen Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder persönlichen Strafausschließungsgrund handeln sollte. Die Begründung zu § 67 VE ging von einem Rechtfertigungsgrund aus.⁴⁾ Doch nötigt die Formulierung von § 67 dazu keineswegs. Goldschmidt nahm hier einen persönlichen Strafausschließungsgrund an.⁵⁾

a) Die Trennung von Nötigungsnotstand und Notstand in zwei

1) Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, S.11 ff, 33 ff

2) Goldschmidt, aaO S.7 ff

"Ein Notrecht wird im Falle der Kollision rechtmäßiger Interessen eingeräumt bei o b j e k t i v überwiegendem Interesse ... Der Notstand als Strafentschuldigungsgrund deckt dagegen a l l e mit Strafe bedrohten Handlungen, wenn sie begangen sind unter dem s u b j e k t i v übermächtigen psychologischen Druck der Vorstellung einer Notlage ...", aaO S.7

3) aaO S.68

4) Begründung zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909, S.246 ff (249); vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.8

5) Goldschmidt, aaO S.2

Vorschriften (§§52,54 RStGB) entfiel, da der Nötigungsnotstand nur ein Unterfall des Notstandes darstellt.¹⁾

b) Die Voraussetzungen des § 54 RStGB wurden als zu eng empfunden, weshalb in Anlehnung an §§ 228, 904 BGB einerseits das Eigentum für notstandsfähig erklärt und andererseits die Beschränkung der "Schutzpersonen" auf Angehörige gestrichen und statt dessen eine Erweiterung auf beliebige dritte Personen vorgenommen wurde.²⁾ Eine Erwähnung von Ehre und Freiheit sowie des Vermögens allgemein als Schutzgüter fehlte. Ehre, Geschlechtschre, Freiheit etc... sollten von dem Begriff "Person" erfaßt werden.³⁾ Die Beschränkung auf Leib oder Leben in §54 RStGB empfand man als ungenügend.⁴⁾ Das Vermögen allgemein sollte hingegen nicht geschützt werden; schutzfähig war es hier nur in der verdichteten Form des Eigentums, da das Vermögen als solches "keine genügend scharfe Begrenzung für Zulassung der Eigenmacht" bot.⁵⁾

c) Festgehalten wurde an dem Erfordernis der Gegenwärtigkeit der Gefahr und der Subsidiarität der Notstandshandlung ("...auf andere Weise nicht zu beseitigenden ..."). Ebenso wurde das Erfordernis der nicht verschuldeten Notstandslage beibehalten, um zu verhindern, daß selbstverschuldete Not "auf Kosten Dritter eigenmächtig abgewendet" wird.⁶⁾

d) Schließlich verlangte §67 VE eine Proportionalität zwischen der Schwere der Not bzw. dem zu erwartenden Schaden und dem angerichteten Schaden.⁷⁾

2. Der Gegenentwurf von 1911

Der von Kahl, v.Lilienthal, v.Liszt und Goldschmidt ausge-

1) Begründung, aaO S.246

2) Begründung, aaO S.247

3) Begründung, aaO S.248

4) Begründung, aaO S.248; Oetker, Vergleichende Darstellung, Allg.Teil II, S.228 ff (342)

5) Begründung aaO

6) Begründung, aaO S.249; Oetker, aaO, S.343 ff (392); Binding, Handbuch, S.777 ff

7) Begründung, aaO S.250; Oetker, aaO S.393

arbeitete "Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs" aus dem Jahre 1911 (GE) erklärte sich zur rechtlichen Einordnung des Notstandes ebensowenig eindeutig wie der Vorentwurf.

§26 GE 1911: "Straflos ist auch eine Handlung, die der Täter in der Absicht vornimmt, eine gegenwärtige, auf rechtmäßige Weise nicht zu beseitigende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, es sei denn, daß der drohende Schaden nur gering und, soweit es sich nicht um Gefahr für die Person handelt, unverhältnismäßig geringer ist als der von der Handlung zu erwartende Schaden." 1)

§26 GE sollte den Notstand entschuldigen; doch geht auch dies nicht aus dem Wortlaut hervor.²⁾ Herbe Kritik fand dieser Vorschlag deswegen bei Löffler, der in diesem Zusammenhang von "feiger Fahnenflucht" sprach und dem Entwurf den Rang eines "Professorenentwurfs" abstritt.³⁾

a) §26 GE sollte durch seine Formulierung alle Rechtsgüter, auch das Vermögen schützen.⁴⁾ Deshalb begnügte er sich mit den Worten: "... eine ... nicht zu beseitigende Gefahr ...".

b) Die Entschuldbarkeit der Notstandshandlung wurde nicht daran geknüpft, ob die Gefahr verschuldet war oder nicht. Aus der Begründung⁵⁾ ergibt sich, daß der zivilrechtliche Notstand rechtfertigender, der strafrechtliche entschuldigender Art sei. Wenn §228 BGB die Notstandshandlung trotz Verschuldens für rechtmäßig erkläre, dann müsse die Tat bei einem weiter zu umgrenzenden Entschuldigungsbegriff erst recht (strafrechtlich) entschuldigt sein.⁶⁾

c) Die in §67 VE geregelte Proportionalität zwischen dem zu erwartenden Schaden und der drohenden Gefahr wurde in

-
- 1) Für den medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch wurde eine Sonderregelung getroffen (§259 GE); ebenso für die eigenmächtige ärztliche Behandlung (§279 GE).
 - 2) Begründung zum GE ..., Berlin 1911, S.39,40; vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.8
 - 3) Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1912, S.356 ff; dagegen vergl. Goldschmidt, aaO S.2 ff
 - 4) Begründung, aaO S.39; vergl. Kohler GA 56, 290; Kitzinger ZStW 31, 224
 - 5) Begründung, aaO S.40
 - 6) Kohler, aaO S.289; Kantorowics, Monatsschrift für Kriminalpsychologie VII, 283 ff (295); Mittermaier, ZStW 30, 623 ff (634)

§26 GE korrigiert, da die beiden Größen als inkommensurabel angesehen wurden.¹⁾ Im Unterschied zu §904 BGB sollte der Schaden nicht unverhältnismäßig "groß" sondern "geringer" sein. Die Vorschrift wurde nicht als "Rettungs"- sondern als "Abwendungsbefugnis" aufgefaßt.²⁾

3. Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913

Im Jahre 1913 arbeitete die erste Strafrechtskommission ihren Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch aus, der aber nach Ausbruch des ersten Weltkrieges nicht mehr in das Gesetzgebungsverfahren gelangte.³⁾ § 28 dieses Entwurfs kehrte wie schon § 67 VE 1909 zur Annahme eines Rechtfertigungsgrundes zurück,⁴⁾ sprach dies jedoch im Unterschied zum Vorentwurf ausdrücklich aus. Die neue Vorschrift wurde sehr ausführlich abgefaßt; die Notstandshilfe und der Notstandsexzeß erhielten in jeweils hinzugefügten Absätzen eine besondere Regelung. Das Notstandsverschulden sollte zu einer fakultativen Strafmilderung führen.

§28 E 1913: "Nicht rechtswidrig handelt, wer im Notstand handelt oder Nothilfe leistet.

Im Notstand handelt, wer unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr abzuwenden, aus der ihm ein erheblicher Schaden droht, den zu tragen er rechtlich nicht verpflichtet ist; die Gefahr darf jedoch nicht von dem Täter verschuldet sein.

Nothilfe leistet, wer unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr abzuwenden, aus der einem anderen ein erheblicher Schaden droht, den dieser zu tragen rechtlich nicht verpflichtet ist; die Tat darf jedoch nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen sein.

Hat der Täter die Grenzen des Notstandes oder der Nothilfe überschritten, so kann die Strafe nach §115 gemildert werden.

1) Begründung, aaO S.41

2) in Anpassung an §§228, 904 BGB; Begründung, aaO S.42

3) s. näher Jescheck, Lehrbuch 2.Aufl., §11 IV, S.75 ff (81)

4) vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.8,9

Liegt Notstand oder Nothilfe nur deshalb nicht vor, weil der Täter die Gefahr verschuldet (Abs. 2) oder gegen den Willen des Gefährdeten gehandelt hat (Abs. 3), so kann die Strafe nach §115 gemildert werden."

4. Der Entwurf von 1919

Der Entwurf von 1919 stellte im Wesentlichen eine Überarbeitung des Entwurfs von 1913 dar. In diesem Entwurf konnte sich jedoch die moderne Strafrechtsschule besser zur Geltung bringen als in dem vorangegangenen Entwurf. Er fällt in die Zeit der politischen und sozialen Umgruppierungen nach dem verlorenen Weltkrieg, von der an die bedeutenden Reformarbeiten auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts, des Strafprozeßrechts und des Strafvollzugs bis hin zur Gegenwart reichen.¹⁾ Der Notstand wurde im Entwurf von 1919 nicht wesentlich anders geregelt als im Entwurf von 1913. Auch hier sollte der Notstand rechtfertigenden Charakter haben. Wie beim vorangegangenen Entwurf wurden Nothilfe und Notstandsexzeß zusätzlich geregelt.²⁾

§22 E 1919: "Nicht rechtswidrig ist eine Tat, die im Notstand oder in Nothilfe begangen wird.

Im Notstand handelt, wer unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um von sich die gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens abzuwenden, den zu tragen er rechtlich nicht verpflichtet ist; die Gefahr darf von dem Täter nicht verschuldet sein.

Nothilfe leistet, wer unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um von einem anderen die gegenwärtige, nicht anders abzuwendende Gefahr eines erheblichen Schadens abzuwenden, den zu tragen der andere rechtlich nicht verpflichtet ist; die Tat darf nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen werden.

Hat der Täter die Grenzen des Notstandes oder der Nothilfe überschritten, so kann die Strafe gemildert werden (§111); handelt er in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung, so darf von Strafe abgesehen werden.

1) s. näher Jescheck, German Criminal Law Reform, in Essays..., S.393 ff; derselbe, Lehrbuch, 2.Aufl., §11 IV, S.81

2) vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.8,9; ferner Begründung zum Entwurf von 1919, S.34 ff

Liegt Notstand oder Nothilfe nur deshalb nicht vor, weil der Täter die Gefahr verschuldet (Abs. 2) oder weil er gegen den Willen des Gefährdeten gehandelt hat (Abs. 3), so kann die Strafe gemildert werden."

Kritisch zu diesem Entwurf äußerte sich Gerland.¹⁾ Er begrüßte die Absätze 1 und 2, die den Notstand unter dem Gesichtspunkt einer rechtfertigenden Interessenkollision lösten, bemängelte aber die folgenden Absätze. Er kritisierte, daß bei der Notstandshilfe auf den Willen des Gefährdeten abgestellt werden sollte, da der Wille oft nicht zu erkennen sei (z.B. bei Minderjährigen, Unzurechnungsfähigen). Auch stehe die Dispositionsfreiheit des Gefährdeten mit anderen Vorschriften (insbesondere §288 E 1919 - Perforation) in Widerspruch. Wenn Gerland m.E. im Ergebnis auch zuzustimmen ist, so liegt das Kriterium weniger in der Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens. Denn wer z.B. einen als solchen erkennbaren Selbstmörder gegen seinen Willen rettet und zu diesem Zwecke sein Hausgrundstück betritt, wird sich nicht ernsthaft den Vorwurf des Hausfriedensbruchs gefallen lassen müssen. Andererseits darf ein Schwangerschaftsabbruch nicht gegen den Willen der Schwangeren vorgenommen werden, selbst wenn der Eingriff medizinisch indiziert ist.²⁾ Maßgeblich ist vielmehr eine Einzelfallbeziehung, die eine Wertung aus der Gesamtrechtsordnung gewinnen muß; sie muß nach dem sozialetischen Sinn der Notstandshandlung fragen. Zu Recht rügte Gerland auch, daß im Falle der Nothilfe das Verschulden des Gefährdeten unerheblich, im Falle des eigenen Notstandes dagegen erheblich sein sollte.³⁾ Gerland schlug mit Recht vor, schon wegen möglicher Irrtumsfälle in der Gesetzgebung vom Willen des Gefährdeten völlig abzusehen. Zudem darf aber m.E. auch nicht auf das Verschulden des Gefährdeten beim rechtfertigenden Notstand abgestellt werden. Sonst müßte in dem Selbstmord-Fall der Retter bestraft werden; und wenn das Verschulden bei fremder Not unmaßgeblich ist, dann muß dies auch für die eigene Not gelten. Die Bewertung hat hier nach den Grund-

1) Gerland, Kritische Bemerkungen ..., S.26 ff

2) so auch RGSt 61, 256

3) Gerland, aaO S.28,29

sätzen der "actio libera in causa" zu erfolgen.¹⁾

5. Der Entwurf von 1925 (Reichsratsvorlage)

Der amtliche Entwurf von 1925, der dem Reichsrat zur Entscheidung vorlag (Reichsratsvorlage), enthielt eine Notstandsregelung, die mit dem von Justizminister Radbruch ausgearbeiteten Entwurf wörtlich übereinstimmte.²⁾

§ 22 E 1925 sprach (ebenso wie §67 VE 1909 und §26 GE 1911) nicht expressis verbis aus, welchen Charakter er der Notstandshandlung beimaß. Nach Lenckner³⁾ sollte es sich um einen Entschuldigungsgrund handeln, wobei ihm m.E. zuzustimmen ist, weil der Entwurf ganz auf die Art und den Grad des Verschuldens bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit abstellte.

§22 E 1925: "Wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um die gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, bleibt von der auf die vorsätzliche Begehung der Tat gesetzten Strafe frei, wenn ihm nach den Umständen nicht zuzumuten war, den drohenden Schaden zu dulden.

Hat der Täter eine solche Gefahr irrtümlich angenommen und beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung."

6. Der Entwurf von 1927 (Reichstagsvorlage)

Nachdem der Entwurf von 1925 im Gesetzgebungsverfahren nicht bestehen konnte⁴⁾, wurde unter der Leitung von

Kahl ein neuer Entwurf ausgearbeitet, der im Jahre 1927 dem Reichstag vorgelegt wurde (Reichstagsvorlage).

Die in § 25 dieses Entwurfs getroffene Notstandsregelung verdient einer besonderen Hervorhebung, weil hier seitens des Gesetzgebers erstmalig eine Regelung auf der Grundlage der Differenzierungslehre⁵⁾ getroffen wurde, von der

1) s.u. Teil 3, IV, 2 c, S. 220 ff; vergl. BayObLG NJW 78, 2046

2) vergl. Radbruch, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), S. 3

3) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 9

4) vergl. näher Jescheck, Lehrbuch 2. Aufl., aaO S. 82

5) s.o. III, 3 S. 72 ff

die späteren Entwürfe dann nicht mehr abgerückt sind. § 25 des Entwurfs ging vom Prinzip der Interessenabwägung aus; der Täter durfte eine strafbare Handlung begehen, wenn ihm ein sonst unzumutbarer Schaden drohte. Der Schaden konnte ihm oder einem Dritten drohen. Keine rechtswidrige Tat sollte vorliegen, wenn der drohende Schaden gegenüber dem angerichteten unverhältnismäßig größer war. Anderenfalls sollte der Täter lediglich "straffrei" sein. Die Vorschrift erklärte nicht, ob es sich bei dieser Straffreiheit um einen Entschuldigungs- oder einen persönlichen Strafausschließungsgrund handeln sollte. Sie hätte den Gerichten aber die Möglichkeit geboten, Notstandsfälle differenziert zu beurteilen.

§25 E 1927: "Im Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn ihm oder dem Gefährdeten unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen nicht zuzumuten ist, den drohenden Schaden zu dulden.

Ist der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung zu erwartenden Schaden unverhältnismäßig groß, so handelt der Täter nicht rechtswidrig; andernfalls handelt er zwar rechtswidrig, ist aber straffrei.

Einwirkungen auf Leib oder Leben sind nur zum Schutze von Leib oder Leben zulässig.

§24 Abs.3 gilt entsprechend." 1)

Die Auflösung des Reichstags im Jahre 1932 verhinderte, daß der Entwurf zum Gesetz wurde.²⁾ Die dann einsetzenden politischen Umwälzungen verhinderten die Fortsetzung der bisherigen Entwicklung der Strafrechtsreform. Davon war auch die Reform der Notstandsparagraphen des Reichsstrafgesetzbuchs 1871 betroffen. Die eigentliche Diskussion begann erst wieder mit den Reformvorschlägen des Bundesjustizministeriums im Jahre 1955 und dem Tätigwerden der großen Strafrechtskommission, die sich mit der Neufassung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs befaßte. Den Erfolg durfte sie dann endlich im Jahre 1975 verbuchen, als das neue Straf-

1) §24 Abs.3 sah eine Strafmilderung bzw. Absehen von Strafe beim Notwehrexzeß vor.

2) s. näher Jescheck, Lehrbuch, §11 IV, S.81

gesetzbuch am 2. Januar 1975 in Kraft trat.¹⁾

Bis zu diesem Zeitpunkt galten demnach auch weiterhin die (unzureichenden) §§52, 54 RStGB. Lediglich im Ordnungswidrigkeiten-Gesetz hat der Gesetzgeber bereits früher in §12 OWiG (a.F.), jetzt in §16 OWiG eine Regelung getroffen, die dem heutigen rechtfertigenden Notstand in §34 StGB 1975 entspricht.

Die Unzulänglichkeit des §54 RStGB sollte sich besonders nach dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches nach 1945 zeigen, als die sog. "Euthanasieaktionen" des 3.Reichs vor die Gerichte kamen. Die angeklagten Anstaltsärzte hatten nach Beginn der Aktion zur Tötung von Geisteskranken seit 1939 an der Aufstellung von sog. "Verlegungslisten" mitgewirkt, auf Grund derer die betroffenen Geisteskranken getötet wurden. Zu ihrer Verteidigung trugen die Ärzte vor, daß sie nur deswegen an den Verlegungslisten mitgewirkt haben, um dadurch wenigstens einem Teil der Anstaltsinsassen das Leben retten zu können. Bei einer Weigerung wären sie durch willfähige Parteigänger ersetzt worden, durch die alle Insassen getötet worden wären. Die Gerichte nahmen in diesen Fällen einen persönlichen Strafausschließungsgrund zu Gunsten der Ärzte an.²⁾ Mit der h.M. wären diese Fälle jedoch im Schuldbereich zu lösen gewesen.³⁾ Jescheck nimmt hier einen Fall einer rechtlich unlösbaren *P f l i c h t e n k o l l i s i o n* als übergesetzlichen Entschuldigungsgrund an.⁴⁾ Dem ist m.E. zuzustimmen. "Der Grund liegt darin, daß sowohl der Unrechts- als auch der Schuldgehalt der Tat wesentlich herabgesetzt ist, der Unrechtsgehalt im Hinblick auf die vom Täter erfüllte Pflicht, der Schuldgehalt deswegen,

1) Strafgesetzbuch i.d.F.vom 2.1.1975 (BGBl.I.S.1)

2) OGH Br.Z. St 1, 321 ff; OGH St 2, 117 ff; BGH NJW 1953, 512; LG Köln NJW 1952, 358; ebenso Peters, JR 1949, 496; derselbe JR 1950, 742 ff; Jagusch in LK Bd.I, 8.Aufl. 1957/58, §54 Anm.10, S.426; Oehler, JR 1951, 489 ff (493)

3) s. Hinweise bei Jescheck, Lehrbuch, 3.Aufl., §47 I,3 S.407 FN 5

4) Jescheck, aaO S.407 f

weil im Falle einer unlösbaren Pflichtenkollision mehr als gewissenhaftes Handeln nicht zu verlangen ist."¹⁾ Dem Gesetzgeber von 1975 ist es allerdings nicht gelungen, diese Fälle mit dem entschuldigenden Notstand zu lösen. Denn die Pflichtenkollision ist nur ein Unterfall des Notstandes.²⁾ Nach §35 StGB kann der Notstandstäter außer für sich selbst nur zu Gunsten von Angehörigen oder nahe stehender Personen tätig werden. Patienten in einer Anstalt müssen aber keineswegs nahestehende Personen im Verhältnis zu ihrem Arzt sein. Es handelt sich um ein besonderes Vertrauensverhältnis, das aber nicht notwendig eine persönliche Bindung darstellt. Eine solche setzt aber §35 StGB voraus.³⁾ Das durch private Vereinbarung oder öffentlich-rechtlich begründete Vertrauens- und Obhutsverhältnis zwischen Arzt und Patient kann in §35 StGB nicht berücksichtigt werden; so muß wieder in den übergesetzlichen Bereich ausgewichen werden. Sicher war jedenfalls, daß weder §§52, 54 RStGB noch der übergesetzliche, rechtfertigende Notstand den Ärzten helfen konnte.

V. Die Entstehung der §§ 34, 35 StGB von 1975.

1. Die ersten Entwürfe der großen Strafrechtskommission

Als einige Zeit nach dem Zusammenbruch des 3. Reichs seit dem Jahre 1948 die Diskussion um die Reform des Strafrechts wieder in Gang geraten war, bewegten vornehmlich zwei Fragen, die den Notstand betrafen, die Strafrechtskommission:

(1) Hat es überhaupt einen Sinn, die gesamte Materie des Notstandes in einer einzigen gesetzlichen Vorschrift zu erfassen? Ist es nicht besser, in typischen Einzelfällen (wie z.B. dem medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch) Sonderregelungen zu treffen?⁴⁾

1) Jescheck, aaO S.407,408

2) str., zum Meinungsstand s. Jescheck, aaO §33 V, S.293

3) Dreher-Tröndle, StGB §35, Rdnr.7; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB §35, Rdnr.20; vergl. Prot. V/1844; Begründung zu §40 E 1962, S.161

4) vergl. Eb.Schmidt, Niederschriften, Bd.2 S.141 ff; Bd.12, S.156 ff

(2) Inwieweit ist es überhaupt möglich, eine alle Notstandsfälle erfassende Norm richtig auszugestalten? Skepsis gegen eine Generalklausel äußerte Bockelmann mit einer humorvollen Bemerkung in der großen Strafrechtskommission, "... es sei denn, man könnte sich dazu entschließen, einen Text von Wilhelm Busch unmittelbar in das Gesetz aufzunehmen: 'In Ängsten findet manches statt, was sonst nicht stattgefunden hat' ..." ¹⁾

Der Vorschlag Eb. Schmidt's, einzelne Sonderregelungen im Gesetz zu treffen, vermochte sich im Verlaufe der weiteren Diskussion nicht durchzusetzen, weil vor allem von Seiten der Praktiker auf eine gesetzgeberische Entscheidung gedrängt wurde. ²⁾

Den späteren §§ 39, 40 E 1962 lag zunächst ein Fassungs-vorschlag des Bundesjustizministeriums zu Grunde ³⁾, der sich noch weitgehend an § 25 E 1927 anlehnte, in der Formulierung allerdings abwich. Absatz 1 enthielt die Notstandsdefinition, in Absatz 2 wurde der rechtfertigende und entschuldigende Notstand geregelt und Absatz 3 bestimmte die Folgen, wenn der Täter aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken gehandelt hatte. Die Definition in Absatz 1 hob besonders die durch den Notstandskonflikt betroffenen Rechtsgüter hervor, während der jeweils drohende Schaden nicht mehr wie in § 25 E 1927 in den Vordergrund gestellt wurde. Sachlich hat sich dadurch aber m.E. nichts geändert. Eingriffe in Leib und Leben zum Schutze anderer Güter sollten nicht von vorneherein vom Notstande ausgeschlossen sein. ⁴⁾ Der Vorschlag lautete:

"Im Notstand handelt, wer eine Tat begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn ihm oder dem anderen nach den Umständen nicht zugemutet werden kann, die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut hinzunehmen.

1) Bockelmann, Niederschriften, Bd.2, S.153

2) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.63

3) Niederschriften, Bd.2 Anhang A, Nr.25, S.74

4) aml. Begründung des Bundesjustizministeriums, Niederschriften, Bd.2 Anh.A Nr.25, S.77

Wer im Notstand handelt, begeht kein Unrecht, wenn das Rechtsgut, das er schützt, von erheblich höherem Wert als das durch die Tat verletzte Rechtsgut ist. Anderenfalls handelt er zwar rechtswidrig, ist aber ohne Schuld.

Hat der Täter die Tat begangen, obwohl die Gefahr auf andere Weise abwendbar war oder ihm oder dem Gefährdeten nach den Umständen zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen, ist ihm aber sein Verhalten wegen Verwirrung, Furcht oder Schreckens nicht vorzuwerfen, so ist er ohne Schuld."

Der Entwurf, der zudem noch eine besondere Irrtumsregelung enthielt, wurde jedoch alsbald in der Diskussion der großen Strafrechtskommission von Bockelmann, Gallas, Lange und Eb. Schmidt kritisiert.¹⁾ Vor allem wurde bemängelt, daß durch die Notstandsdefinition in Absatz 1 der rechtfertigende Notstand in Absatz 2 mit Zumutbarkeitsgesichtspunkten verbunden wurde, die eine Frage der Schuld seien. Die Kritik führte dazu, daß die Unzumutbarkeitsklausel durch den Passus ersetzt wurde, der Täter müsse gehandelt haben, um die Gefahr "in einer den Umständen nach angemessenen Weise abzuwenden."

Im übrigen wurde der Aufbau in § 39 E 1958 beibehalten: Absatz 1 enthielt die Notstandsdefinition, Absatz 2 unterschied zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand. Der dritte Absatz (Furcht, Schrecken, Verwirrung) wurde gestrichen. In §40 E 1958 fand sich eine Irrtumsregelung.

§39 E 1958: "Im Notstand handelt, wer eine Tat begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut von sich oder einem anderen in einer den Umständen nach angemessenen Weise abzuwenden.

Wer eine Tat im Notstand begeht, handelt nicht rechtswidrig, wenn das Rechtsgut, das er schützt, von wesentlich höherem Wert als das durch die Tat verletzte Rechtsgut ist. Andernfalls handelt er zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft, wenn ihm nicht zugemutet werden kann, die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut hinzunehmen."

§40 E 1958: "Hat der Täter irrig angenommen, die Tat sei wegen Notstandes gerechtfertigt oder entschuldigt, so ist er nur dann straffrei, wenn er die Sachlage sorgfältig geprüft und die widerstreitenden Interessen

1) Niederschriften, Bd.2, S.153, 150, 152, 144

gewissenhaft abgewogen hat, oder wenn ihm eine solche Prüfung und Abwägung nach den Umständen nicht zuzumuten war. Hat der Täter die Pflicht zu einer solchen Prüfung und Abwägung verletzt, so kann die Strafe nach §65 Abs.1 gemildert werden"

Die Wahl des Mittels und das der Notstandslage entsprechende Maß der Einwirkung auf das fremde Rechtsgut hätte jedoch, wie Lenckner zu Recht ausführt,¹⁾ genauso gut bei dem Merkmal der Erforderlichkeit der Notstandshandlung berücksichtigt werden können.

2. Die Interessenabwägungs- und Zwecktheorie und der Alternativentwurf (AE)

Während man sich schon seit dem Entwurf von 1927 einig war, zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand im Sinne der Differenzierungstheorie unterscheiden zu müssen,²⁾ bestand schon seit längerer Zeit Streit darüber, nach welchen Kriterien der rechtfertigende Notstand zu behandeln ist. Das Reichsgericht hatte bei seiner Rechtsgüterabwägung auf die Höhe der Strafandrohungen der jeweils betroffenen Strafnormen abgestellt.³⁾ Doch konnte eine solche Lösung nicht befriedigen:

Die erste Schwierigkeit entsteht, wenn das Gesetz die betroffenen Rechtsgüter mit gleich hoher Strafandrohung schützt (z.B. Beleidigung mittels einer Tötlichkeit, §185 Abs.1, 2.Altern. und einfache Sachbeschädigung, §303 Abs.1 StGB: Kollision von Ehre und Eigentum). Soll deswegen die Abwägung schon entfallen und nur auf das subjektive, psychische Element des Täters abgestellt werden?

Ein weiteres Problem zeigt sich darin, daß das Gesetz an verschiedenen Stellen die gleichen Rechtsgüter verschieden stark schützt. So wird das Eigentum in §§242 ff StGB stärker vor Wegnahme als in §§303 ff StGB vor Beschädigung geschützt. Außerdem besteht der jeweilige Schutz nicht absolut (wie z.B. in §§823 oder 1004 BGB, die das

1) Lenckner, aaO S.65; vergl. Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission mit Begründung, Bonn 1958, S.47

2) s.o. III,3 S.73 ff; IV,5 S.83 ff

3) RGSt 61, 242 (255)

Eigentum in jeglicher Weise schützen), sondern beschränkt sich nur auf bestimmte Eingriffe (Wegnahme, physische Beschädigung, Immissionen - §§62, 63 BImSchG, die in Verbindung mit §§1, 4 BImSchG auch den Individualschutz vorsehen).

Drittens kann der Rang der beteiligten Rechtsgüter alleine nicht entscheiden; er ist nur "ein Faktor in der Gesamtrechtsordnung."¹⁾ Es kann nicht stets abstrakt gesagt werden, das eine Rechtsgut (z.B. Freiheit) habe höheren Rang als das andere (z.B. Körperintegrität), da sich ein Vergleich erst am konkreten Fall anstellen läßt. Das Schutzbedürfnis von Ehre und Vermögen ist von Fall zu Fall recht unterschiedlich.²⁾ Auch die körperliche Integrität kann im Einzelfall von geringerem Interesse sein als das Vermögen: der Täter versetzt z.B. einem Wächter einen Schlag in dessen Gesicht, um sich dadurch Zugang in ein Munitionslager zu verschaffen und in letzter Minute eine von einem Attentäter gelegte Zeitbombe zu entschärfen. Der Täter handelt hier auch dann nicht widerrechtlich, wenn bei einer Explosion keine Menschen gefährdet wären, aber ein sehr hoher Sachschaden entstanden wäre.

Zwei Theorien haben zu der Frage, nach welchen Kriterien der rechtfertigende Notstand zu lösen ist, Stellung genommen: die Interessenabwägungstheorie³⁾ und die Zwecktheorie⁴⁾. Der Gesetzgeber von 1975 hat entsprechend der heute h.M. beide Theorien miteinander verbunden.

Die Lehre der (reinen) Interessenabwägung wurde und wird insbesondere von Lenckner vertreten.⁵⁾ Das Abwägungsprinzip stellt auf den Interessenkonflikt der kollidierenden Lebensbereiche ab, während die Zwecktheorie danach fragt, ob der Täter einen rechtlich anerkannten Zweck mit ange-

1) Dreher-Tröndle, StGB §34 Rdnr.8; vergl. Jescheck, Lehrbuch, §33 IV,3 c S.290; Bockelmann, Niederschriften, Bd.12, S.169: "Wertvorzug bedeutet nicht Güterwertvorzug."

2) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.56

3) so schon Beling, Grundzüge ..., S.15,37; Binding, Handbuch I, S.762; Mezger GS 89, 207

4) so schon Baumgarten, Notstand und Notwehr, S.61; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit ..., S.48; derselbe, Recht und Irrtum, S.11 ff; v.Liszt, Lehrbuch, 14./15.Aufl., 141

5) a.a.O. S.70 ff

messenen Mitteln verfolgte.¹⁾

Nach der reinen Interessenabwägungstheorie ist von einer umfangreichen Berücksichtigung und gegenseitigen Abwägung sämtlicher beteiligter Interessen auszugehen, um dann eine rechtliche Wertung vornehmen zu können. Diese Theorie erweitert die vom Reichsgericht ursprünglich rein abstrakt vorgenommene Rechtsgüterabwägung zu einer allgemeinen Interessenabwägung für den konkreten Sachverhalt. Lenckner konnte sich schon auf Rudolph Merkel beziehen, der die gefährdeten Interessen zu einer objektiven Beurteilung herangezogen hatte. Die objektiven Kriterien suchte Merkel im "objektiven Wert des gefährdeten Interesses", der "im Sinne der Gesellschaft selbst eine Zwangslage zu begründen" geeignet sei.²⁾ Wie der einzelne im Kollisionsfalle naturgemäß das kleinere dem größeren Interesse opfere, so erhalte auch die Gesellschaft das höhere Interesse auf Kosten des geringeren im entsprechenden Falle. Die Wahrung des höheren Interesses entspreche den insgesamt bestehenden Wertanschauungen.³⁾

Die Kombination mit der Zwecktheorie, d.h. ein z u s ä t z l i c h e s Abstellen auf das Mittel-Zweck-Verhältnis hält Lenckner konsequenterweise für überflüssig, weil bei der umfangreichen Interessenabwägung praktisch alle entscheidenden Gesichtspunkte mitzuberücksichtigen seien. Lenckner spricht hier von einer "formalen Maxime, einer Hülse."⁴⁾

Dementsprechend lautete auch der vorgeschlagene Alternativentwurf (AE), der hier deutlich Lenckner's Handschrift zeichnet:

§15 AE: "Wer eine Tat begeht, die erforderlich ist, um eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung aller Umstände, namentlich der widerstreitenden Rechtsgüter, das von ihm wahrgenommene Interesse derart überwiegt, daß

1) vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.60

2) Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen..., S.17

3) Merkel. aaO S.41

4) aaO S.120; ebenso Baumann, Strafrecht AT, S.360; Krey, ZRP 1975, 98; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB §34 Rdnr.2, 46; Stree, JuS 1973, 461 (464)

der Eingriff in das betroffene Rechtsgut hingenommen werden muß.

Sonstige Vorschriften über rechtmäßige Notstandshandlungen bleiben unberührt.

Noch heute vertritt Lenckner diese Ansicht, obwohl sich der Gesetzgeber von 1975 anders entschieden hat. Er hält die Angemessenheitsklausel in § 34, Satz 2 StGB für eine sinnlose Leerformel.¹⁾

Die Zwecktheorie hingegen besagt, daß die Verfolgung eines rechtlich anerkannten Zwecks mit angemessenen Mitteln nicht rechtswidrig ist.²⁾ Eine im Notstand begangene Straftat ist demnach nicht rechtswidrig, wenn der Täter mit ihr einen anerkannten Zweck verfolgte und dabei mit angemessenen Mitteln vorging. Diese zunächst von v.Liszt und Graf zu Dohna vertretene Lehre³⁾ fand in neuerer Zeit besonderen Anklang bei Henkel⁴⁾, Heinitz⁵⁾, Eb.Schmidt⁶⁾, Siegert⁷⁾ und Welzel⁸⁾. Dennoch fand sie nie die Resonanz, wie sie der Interessenabwägungslehre zuteil wurde. Der Grund scheint darin zu liegen, daß sie zu abstrakt und formal für die praktische Anwendung ist,⁹⁾ obwohl sie eigentlich als Rechtfertigungsformel die umfassendere ist und praktisch als a l l g e m e i n e r Rechtfertigungsgrund gelten kann.¹⁰⁾ Kritik hat die Zwecktheorie aber vor allem deshalb gefunden, weil die Formel des rechten Mittels zum rechten Zweck zu unbestimmt ist.¹¹⁾ Das Reichsgericht befürchtete, daß die Anwendung der Zwecktheorie

1) Schönke/Schröder/Lenckner, StGB §34, Rdnr.2, 46

2) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.60

3) s.o. S.90 FN 4

4) Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem u.künft.Recht S.88

5) Heinitz, Strafr.Abhandl. Heft 211, S.117

6) Eb.Schmidt, ZStW 49, 350 (370 ff)

7) Siegert, Notstand und Putativnotstand, S.24

8) Welzel, Das deutsche Strafrecht, S.91

9) vergl. Lenckner, aaO S.61

10) Eb.Schmidt, ZStW 49, 362; auch RGSt 61, 242 (254)

11) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorb.III v.§51, S.140; Hegler, ZStW 36, 19, 38; Heimberger, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln, VDA Bd.IV, S.1 (4); Mezger, Lehrbuch (3.Aufl. 1949), S. 242, 243; Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Frank-Festschr. Bd.I, S.469 (510)

in der Praxis zu bedenklichen Folgen führen könnte, weshalb es ihr die Zustimmung versagt hat.¹⁾ Nicht zu Unrecht belegt Lenckner²⁾ die Bedenken des Reichsgerichts mit den Urteilen der Instanzgerichte der Nachkriegszeit im Zusammenhang mit den Prozessen gegen die Ärzte, die bei der Euthanasieaktion des dritten Reichs mitgewirkt hatten.³⁾ Das Verhalten der Ärzte wurde zum Teil als das rechte Mittel zum rechten Zweck angesehen.⁴⁾

Die Zwecktheorie ist allerdings nie völlig "isoliert" aufgetreten, vielmehr hat sie die Gesichtspunkte der Interessenabwägung immer mitberücksichtigt. Es handelt sich meist um eine K o m b i n a t i o n beider Theorien, und die Frage lautet dann, auf welche der Gesichtspunkte der Schwerpunkt zu setzen ist; die anderen dienen dann jeweils als K o r r e k t i v .

Eine besondere Aufwertung hat die Zwecktheorie durch Eb. Schmidt in seinem Aufsatz "Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand"⁵⁾ erhalten. Er stellte fest, daß die vom Reichsgericht⁶⁾ zur Rechtmäßigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs verlangten Erfordernisse keineswegs alle dem Güterabwägungsgrundsatz entnommen werden können. Nach Schmidt konnte im Bereich des "ungesetzten Rechts", in welchem es der "Idee der Gerechtigkeit" die Entscheidung abzugewinnen galt, "unmöglich ein einziges, noch dazu in einer ganz bestimmten Richtung (Güterabwägung!) weitgehend spezialisiertes Prinzip maßgebend" sein. "Die Güterabwägung allein kann nicht die Formel sein, die uns die Annäherung an die Idee der Gerechtigkeit ermöglicht."⁷⁾ Es galt für ihn eine Formel zu finden, die "abstrakter und formaler", weniger vom Geist "dogmatischer Gebundenheit"⁸⁾ gezeichnet ist, "um dann um so ergiebiger eine Ausfüllung nach Maßgabe erlebter Kultur zu gestatten."⁹⁾

1) RGSt 61, 253 f

2) aaO S.62

3) s.o. IV,6 S.45 f

4) Schwurgericht Münster, in OGH St 1, 331

5) ZStW 49, 350 (370 ff)

6) RGSt 61, 242 ff und RGSt 62, 137 ff

7) Schmidt, ZStW 49, 374

8) Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S.160

9) Schmidt, aaO S.375

Diese Formel mußte vom "Wesen des Rechts" hergeleitet werden. Schmidt fand sie als Ergänzung zum "gesetzten" Recht in der Zwecktheorie, die sich am Wesen des Rechts orientiere. Das Recht ver helfe "dem Kulturfortschritt dienenden, das Gemeinschaftsleben fördernden und erhalten- den Zwecken zum Siege", weil sein Sinn darin bestehe, "daß richtige Zwecke mit angemessenen Mitteln erstrebt und erreicht werden."¹⁾ Dies solle der Richter im Einzel- fall dadurch erreichen, daß er sich in die Rolle des Gesetzgebers versetzt und sich auf die "erlebte Kultur" besinnt.²⁾ Maßgeblich seien für ihn die herrschenden Kul- turanschauungen, die in den staatlichen Einrichtungen er- kennbar hervortretenden Wertungen, Zeitgeist, Lebensge- wohnheiten und sittliche Anschauungen seiner Zeit und sei- nes Volkes.³⁾

Auch die Güterabwägung sollte nach Schmidt eine Rolle spielen, da die "Hierarchie der zu schützenden Interessen" nicht übersehen werden dürfe. Aber der Gedanke der Güter- abwägung beherrsche das Feld nicht ausschließlich. Sie sei nur eine "Ausstrahlung des allem Recht zugrunde lie- genden Grundgedankens."⁴⁾

Nach Mezger war das Interessenabwägungsprinzip Ausdruck "dem allen Recht zugrunde liegenden Ziel der Erreichung des kompossiblen Maximums der Interessenbefriedigung im sozialen Zusammenleben."⁵⁾

Richtiger Weise ist m.E. von der Interessenabwägungstheorie als der primären auszugehen, da sie die notstands-spezi- fischeren Kriterien enthält. Die Fragestellung von Mittel und Zweck ist eine allgemeine, die im Grunde für alle Rechtfertigungsgründe Anwendung finden kann. Der Interes- senkonflikt kennzeichnet jedoch in besonderer Weise

1) Schmidt, aaO S.375, 376

2) aaO S.376

3) aaO; ebenso Heinitz, Strafrechtl. Abhandl. aaO S.211,217; Reichel, Gesetz und Richterspruch, S.110; v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch (25.Aufl.), 178,201; vergl. auch Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S.157 ff

4) aaO S.377; verg. W.Sauer, Grundlagen ..., S.292; Mezger, GS 89, 207 (313)

5) s. FN 4

die Not als solche; die auf diesen Konflikt abstellende Abwägungstheorie vermag die Wertungen der Rechtsordnung deutlicher zum Ausdruck zu bringen als die Zwecktheorie. Dennoch kann auf letztere nicht völlig verzichtet werden. Sie ist entgegen Lenckner keine "Leerformel" oder "Hülse",¹⁾ sondern bildet ein K o r r e k t i v zu der nach der Interessenabwägung gewonnenen Wertung. Die Rechtfertigung der Notstandshandlung erfolgt so nach zwei Wertungen.²⁾ Es sind durchaus Fälle denkbar, bei denen das Ergebnis einer Güter- oder Interessenabwägung ungerecht wäre, d.h. im Widerspruch mit der Gesamtrechtsordnung stünde. So kann z.B. der Passant, der gerade an einen Verkehrsunfall gelangt, nicht gegen seinen Willen gezwungen werden, einem lebensgefährlich Verletzten Blut zu spenden.³⁾ Ebenso darf ein Klinikbesucher nicht zu medizinischen Versuchen herangezogen werden, auch wenn die Versuchsergebnisse für den Fortschritt in der medizinischen Wissenschaft von wesentlicher Bedeutung wären.⁴⁾ Die Höherbewertung der öffentlichen Belange verstieße in diesen Fällen gegen die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen.⁵⁾ Der Mensch würde sonst zum Objekt, einer vertretbaren Größe, was seiner Würde widerspräche.⁶⁾ In einem solchen Fall, wo die Interessenabwägung versagt, kann aber die Zwecktheorie weiterhelfen.⁷⁾ Denn zweifellos stünde in den Beispielsfällen das angewandte Mittel zum beabsichtigten Zweck außer Verhältnis. Die Zwecktheorie vermag zudem die Pflicht zum Bestehen bestimmter Notlagen (wie z.B. beim Soldat oder Feuerwehrmann) mit der Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Die h.M. kombiniert daher zu Recht die Grundsätze der Interessenabwägung mit denen der Zwecktheorie.⁸⁾

1) s.o. S.91 FN 4

2) Jescheck, Lehrbuch, §33 IV 3 d, S.291

3) Gallas, Niederschriften, Bd.12, S.164; Begründung zu §39 E 1962, S.160; Dreher-Tröndle, StGB §34 Rdnr.16

4) Jescheck, aaO S.292

5) vergl. Gallas, ZStW 80, 26 ff

6) Maunz-Dürig-Herzog, GG Art.1, Rdnr.28, 37

7) Jescheck, Niederschriften, Bd.12, S.438; Begründung zu §39 E 1962, S.159, 160

8) Amelung/Schall, JuS 1975, 565 (569 f); Bockelmann, Lehrbuch AT, §15 II 3c; Dreher-Tröndle, StGB §34 Rdnr.12; Göhler, OWiG §16, Anm.8; Grünhut, ZStW 51, 455 (462 ff);

Der Streit zwischen den Vertretern der reinen Interessenabwägungstheorie und der kombinierenden Lehre ist in der Praxis allerdings von nicht allzu großer Bedeutung, da auch die Vertreter der weit umfassenden Interessenabwägung zu keinen anderen Resultaten (z.B. beim Blutspenderfall) gelangen. Nur gehören m.E. Fragen wie die der Berücksichtigung der Menschenwürde (Blutspenderfall) oder der Pflicht zum Bestehen der Notlage nicht notwendig in eine Interessenabwägung.¹⁾ Im übrigen fügt sich die Kombination beider Prinzipien besser in die Systematik der Rechtfertigungsgründe überhaupt, die sich m.E. nach einer Mehrheit von Rechtsgedanken (pluralistisch)²⁾ genauer bestimmen lassen als nach formalen, monistischen Prinzipien.³⁾

Auch die Rechtsprechung hat den Gedanken der Zwecktheorie als Korrektiv zu der reinen Güterabwägung herangezogen, obwohl sie sie zunächst verworfen hatte.⁴⁾ Dies geschah zwar zunächst nicht ausdrücklich⁵⁾, wurde dann aber in der neueren Rechtsprechung - vor allem nach Verkündung der §§ 34, 35 StGB 1975 - hervorgehoben. Zu nennen sind zwei Fälle aus neuerer Zeit:

Konzertreisefall:⁶⁾ Ein Chorleiter hatte unbefugt in eine von ihm verwaltete öffentliche Kasse gegriffen, um eine bereits festgelegte Auslandsreise seines Chores finanzieren zu können. Ein Ausfall der Tournee hätte zu einem erheblichen Schaden geführt. Der BGH nahm hier übergesetzlichen, rechtfertigenden Notstand an.⁷⁾

Jescheck, Lehrbuch, §33 IV 3,d, S.291; Lackner, StGB §34, Anm.3 e; Preisendanz, §34 Anm.3 c; Stratenwerth, AT I Nr.454 ff; Wessels, AT §8 IV 3, S.58

- 1) a.A. Begründung zu §15 AB, S.53: abzuwägen - und damit abwägbar - sei das Rechtsinteresse der Gemeinschaft an der Wahrung der Personenautonomie gegen das Lebensinteresse des Verletzten.

- 2) s.u. Teil 3, V, S.243, 244

- 3) vergl. Jescheck, aaO §31 II,1 S.260 ff

- 4) s.O. III,3 S.71

- 5) RGSt 61, 255; 62, 137; BGHSt 12, 299

- 6) BGHSt 12, 299

- 7) zustimmend: Baumann, AT, S.354; Dreher-Tröndle, StGB §34, Rdnr.11; Kienapfel, JR 1977, 27; Lackner, StGB §34, Anm. 2 e; Samson, SK Bd.I §34 Rdnr.13; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB §34 Rdnr.26;

kritisch: Bockelmann, JZ 1959, 495 (498 ff); derselbe, Strafrecht AT, S.98; Jescheck, aaO §33 IV 3,b S.290

Münchener Anwaltspraxenfall:¹⁾ Ein Rechtsanwalt hatte Gelder seiner Mandanten in beträchtlicher Höhe veruntreut, um seine in finanzielle Schwierigkeiten geratene Praxis zu retten. Der BGH verwarf die Revision des Angeklagten. Das Gericht maß zu Recht dem Vertrauen der Mandanten in den Anwalt mehr Gewicht zu als dem wirtschaftlichen Interesse des Anwalts an der Rettung seiner Praxis. Der BGH betrachtete in seinen Urteilsgründen den Streit zwischen der Interessenabwägungs- und Zwecktheorie mit der neuen Gesetzesfassung als beendet und ging de lege lata davon aus, daß b e i d e Lehren zum rechtfertigenden Notstand heranzuziehen sind.²⁾

Die Kritik von Bockelmann und Jescheck an den beiden Entscheidungen bemängelt vor allem, daß es dort an den "spezifischen Kollisionsverhältnissen" gefehlt habe, so daß eine Notstandslage überhaupt nicht bestanden habe. Die Notstandslage setze nämlich voraus, daß der Täter in ein Gut eingreifen müsse, das zu dem bedrohten Gut in einem typischen Widerstreit stehe.³⁾ Eine solche Beziehung habe in den beiden Fällen aber nicht bestanden, weil das fremde, zu verwaltende Vermögen nicht von vorneherein als d a s verfügbare Rettungsmittel zur Disposition gestanden sei.⁴⁾ Dieser Argumentation kann jedoch m.E. nicht gefolgt werden, da sonst wirtschaftliche Not nie einen Notstand i.S.d. §34 StGB begründen könnte. Der Notstand als solcher und das Gesetz erfordern nicht die Beschränkung auf eine "spezifische Kollision". Das Kollisionsverhältnis der beteiligten Rechtsgüter wird durch das in § 34 StGB 1975 aufgestellte Erforderlichkeitsprinzip bereits hinreichend definiert.⁵⁾ Stehen dem Täter mehrere Mittel zur Verfügung, um die Gefahr abwenden zu können, von denen jedoch keines als das "mildeste" anzusehen ist, so muß dem Täter

1) BGH NJW 1976, 680

2) zustimmend: Dreher, aaO; Kienapfel, aaO;
kritisch: Jescheck, aaO; Küper, JZ 1976, 515 ff

3) Bockelmann, aaO; Jescheck, aaO

4) vergl. auch Küper, aaO S.516

5) Küper, aaO S.516

die Wahl freigestellt bleiben; jedenfalls darf ihm die Rettung deshalb nicht verwehrt werden.¹⁾ Gerade in Fällen wirtschaftlicher Not darf es nichts ausmachen, daß der Täter erst durch die Notstands h a n d l u n g das "Eingriffsgut" konkretisiert und es zum "Erhaltungsgut" (erst jetzt) in eine spezifische Beziehung setzt.²⁾

Wenn Bockelmann fordert, daß die potentiellen Eingriffsgüter zumindest von vorneherein überschaubar und bestimmbar sein müssen,³⁾ so fehlt jegliche Begründung für diese Einschränkung, da dieser Umstand auf die Zwangslage des Täters ebenso wenig Einfluß hat wie auf die Erforderlichkeit der Abwendungshandlung.²⁾ Wer aus finanzieller Not Geld entwendet, um damit Lebensmittel zu beschaffen, muß sich ebenso auf rechtfertigenden Notstand berufen können wie derjenige, der aus diesem Grunde die Lebensmittel direkt entwendet.⁴⁾

Auch einige Beispiele verschiedener Oberlandesgerichte lassen sich dafür anführen, daß eine Interessenabwägung immer im Lichte der Proportionalität zwischen Mittel und Zweck vorgenommen werden muß.⁵⁾ Zum Teil ist dies nicht genügend berücksichtigt worden.⁶⁾

1) Küper, aaO; auch Bockelmann JZ 1959, 498

2) Küper, aaO

3) Bockelmann, aaO

4) Küper nennt einen ähnlichen Fall eines Medikamentendiebstahls; so schon im gemeinen Recht Carpzow, s.o. Teil 1 IV, 2 b (1) S.19

5) Die Nichtbeachtung von Vorschriften im Straßenverkehrsrecht zur Wahrung wichtiger Güter (z.B. Erhaltung akut gefährdeter Menschenleben) ist zulässig - OLG Frankfurt, DAR 1963, 244; OLG Düsseldorf VRS 30, 444; OLG Schleswig VRS 30, 462; OLG Hamm VRS 20, 232 -, wenn dadurch nicht andere Verkehrsteilnehmer gefährdet werden - OLG Karlsruhe VRS 46, 275; OLG Hamm NJW 1977, 1892: Eilfahrt eines Taxifahrers (Transport von Blutkonserven für einen lebensgefährdeten Operierten) rechtfertigt Überfahren einer roten Ampel, wenn Dritte nicht gefährdet werden; OLG Oldenburg NJW 1978, 1869: Überschreitung einer Verkehrsvorschrift, um Arbeitsplatz nicht zu gefährden

6) OLG München NJW 1972, 2275: Einschleusen sog. "Kontaktpersonen" in eine Privatwohnung zur Aufdeckung eines Rauschgifthandels durch die Polizei; ablehnend dazu Amelung/Schall, JuS 1975, 380; Jescheck, Lehrbuch §33 IV, 3 d, S.292; Otto, NJW 1973, 668; OLG Frankfurt NJW 1977, 859 und NJW 1975, 271: Entnahme von Leichenblut ohne Einwilligung der Angehörigen zu Beweissicherungszwecken ist zulässig; ablehnend Ame-

3. Der Entwurf von 1962 und die geltenden Notstandsbestimmungen (§§ 34, 35 StGB 1975)

Der Streit zwischen den Vertretern der Interessenabwägungs- und der Zwecktheorie hat sich auch im Gesetzgebungsverfahren bemerkbar gemacht, wie die Entwürfe der Großen Strafrechtskommission und § 15 AE zeigen. Die entscheidende Wende erfolgte dann während der zweiten Lesung des Allgemeinen Teils im Jahre 1959, in welcher die Notstandsregelung des Entwurfs von 1962 (E 1962) im Wesentlichen festgelegt wurde. Rechtfertigender und entschuldigender Notstand wurden in getrennten Absätzen untergebracht.¹⁾

Zu Grunde lag eine Formulierung des Bundesjustizministeriums²⁾, die sachlich einem Änderungsvorschlag von Jescheck gefolgt war.³⁾ Der Änderungsantrag enthielt die **K o m b i n a t i o n** der Interessenabwägungs- und Zwecktheorie (s.o. 2). Dies erfolgte dadurch, daß an die

lung, NJW 1977, 833; Geilen, JZ 1975, 380; Jescheck, aaO S.292; Roxin, JuS 1976, 505; vergl. Besprechung bei Blei, JA 1975, (Strafrecht) S.69; Martens, NJW 1975, 1688

1) Niederschriften, Bd.12, Anh.A, Nr.35, S.495

2) Entwurf eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung, zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz, S.30

3) Niederschriften, Bd.12, Anh.A, Nr.36, S.495; Jescheck, Niederschriften, aaO Nr.5, S.437, 438:
§40 E Jescheck: "Wer eine tatbestandsmäßige Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn das Rechtsgut, das er schützt, von wesentlich höherem Wert als das durch die Tat verletzte Rechtsgut ist, und wenn die Handlung nach den Umständen, insbesondere unter Berücksichtigung der übrigen Interessen der Beteiligten, das angemessene Mittel zur Erreichung des Zwecks darstellt..!"(Abs.2 -Irrt.)

§41 E Jescheck: "Wer eine rechtswidrige Tat begeht, um sich, einen Angehörigen oder eine ihm sonst nahestehende Person aus einer gegenwärtigen, anders nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben zu retten, handelt ohne Schuld, wenn dem Täter nicht zugemutet werden kann, die Gefahr hinzunehmen.

Der Täter ist auch dann entschuldigt, wenn er eine Gefahr im Sinne des Abs.1 irrig angenommen hat und der Irrtum ihm nicht vorzuwerfen ist. Ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so bleibt der Täter strafbar, die Strafe kann jedoch nach §65 Abs.1 gemildert werden..."

Interessenabwägung die "Angemessenheitsklausel" zugefügt wurde, die im Sinne der Zwecktheorie auf das Verhältnis von Mittel und Zweck abstellen und auf die Umstände hinweisen sollte, die *n e b e n* dem Wertverhältnis der betroffenen Rechtsgüter für die rechtliche Bewertung der Tat *maßgeblich* sind.¹⁾ Der Vorschlag des Bundesjustizministeriums nach der zweiten Lesung²⁾ hat dies berücksichtigt und führte in seiner Begründung dazu aus, daß die Höherwertigkeit des einen Rechtsguts nicht ohne weiteres die Vernichtung oder Beschädigung des ihm gegenüberstehenden geringerwertigen Rechtsguts zu rechtfertigen vermag. Vielmehr müsse "in eine Gesamtwürdigung aller weiteren Umstände, unter denen es zur Güterkollision gekommen ist, eingetreten werden."³⁾ Erste Voraussetzung war (und ist) jedoch, daß ein *w e s e n t l i c h* höheres Rechtsgut geschützt werden sollte, um überhaupt eine Rechtfertigung eintreten zu lassen.⁴⁾

Im Gegensatz zu dem Vorschlag von Jescheck und der heutigen Fassung sah der Entwurf des Bundesjustizministeriums für den entschuldigenden Notstand vor, daß der Täter zu Gunsten jedermann und nicht nur Angehöriger oder sonst nahe stehender Personen tätig werden konnte, und daß jedes Rechtsgut, nicht nur die persönlichen notstandsfähig sein sollten.

Gegen diesen Vorschlag wurden Einwände laut, die vor allem rügten, daß die betroffenen Rechtsgüter oft inkommensurabel seien, und die Güterabwägung nur einen Teil der maßgeblichen Erwägungen enthalte.⁵⁾ Auf Grund dieser Einwände entstanden zwei wichtige Alternativvorschläge,⁶⁾ deren ersterer, der bei der späteren Abstimmung angenommen wurde,⁷⁾ sich grundsätzlich an dem Vorschlag des Bundesjustizministeriums

1) Jescheck, Begründung aaO S.438

2) s.o. S.99 FN 1

3) Niederschriften, aaO S.498

4) vergl. auch Tröndle, Niederschriften Bd.12, S.152 ff (154)

5) Bockelmann, Niederschriften, Bd.12, S.162; Gallas, aaO S.164; vergl. Lenckner, Der rechtfertig.Notst., S.65

6) Niederschriften, Bd.12, Anh.A, Nr.37, S.500

7) Niederschriften, Bd.12, S.272 ff

hielt, die Güterabwägung aber in eine umfassende *I n t e r e s s e n* abwägung umgestaltete. Das geschützte Interesse sollte das beeinträchtigte wesentlich überwiegen, wobei die allgemeine Rangordnung der Rechtsgüter nicht außer Betracht aber auch nicht alleine maßgeblich sein sollte.¹⁾

Der zweite, auf Lange zurückgehende Alternativvorschlag²⁾ hatte sich nur noch auf die Grundsätze der Zwecktheorie³⁾ beschränkt. Er erwähnte aber die kollidierenden Interessen und den Grad der drohenden Gefahr.

Auf jener ersten, durch Abstimmung angenommenen Alternative beruhten die späteren §§ 39, 40 E 1962. Rechtfertigender und entschuldigender Notstand wurden nach dem Beispiel von Jescheck in getrennten Vorschriften aufgeführt. Mit den §§ 39, 40 E 1962 folgte der Gesetzgeber im Wesentlichen den Grundsätzen der seit der Schwangerschaftsabbruchentscheidung⁴⁾ entwickelten Rechtsprechung.

§39 E 1962: "Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das von ihm geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche die Tat nach Abs.1 rechtfertigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist. Die Strafe ist nach §64 Abs.1 mit folgender Maßgabe zu mildern: ..."

§20 (Irrtum über rechtfertigende und entschuldigende Umstände) ist nicht anzuwenden."

§40 E 1962: "Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Tat von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld, wenn ihm nicht zuge-

1) vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.66

2) Niederschriften, Bd.12, S.173

3) s.o. 2, S.89 ff

4) RGSt 61, 242 ff

mutet werden kann, die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut hinzunehmen.

Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche die Tat nach Abs.1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist. Die Strafe ist nach §64 Ans.1 mit folgender Maßgabe zu mildern: ...

§20 ist nicht anzuwenden.

Beim rechtfertigenden Notstand verzichtete der Entwurf allerdings auf das Erfordernis einer gewissenhaften Prüfung, wie es das Reichsgericht noch gefordert hatte.¹⁾ Die Frage der Verletzung der Prüfungs- und Abwägungspflicht konnte nach dem Entwurf nur dann zur Geltung kommen, wenn die Notstandsvoraussetzungen nicht vorlagen, der Täter ihr Vorhandensein aber irrig angenommen hatte. War der Irrtum dem Täter vorzuwerfen, bestand eine obligatorische Strafmilderung (§39 II). Die besondere Irrtumsregelung wurde sowohl in §39 wie auch in §40 E 1962 getroffen. Die allgemeine Vorschrift des §20 E 1962 paßte nach Ansicht der Strafrechtskommission nicht auf den Notstand, weil im Irrtumsfall nach §20 allenfalls wegen einer fahrlässigen Tat hätte bestraft werden können. Dieses Ergebnis wäre aber nicht vertretbar gewesen, da dem Notstandstäter (anders als z.B. im Angriffszustand, der eine Notwehr provoziert) eine Prüfung der gesamten Lage zuzumuten sei.²⁾ Die Prüfungs- und Abwägungspflicht wurde also - indirekt - bei der Irrtumsregelung statuiert (s.u.).

Der entschuldigende Notstand wurde in §40 E 1962 gegenüber dem Entwurf von 1959 dahingehend eingeschränkt, daß nur noch persönliche Rechtsgüter (Leib, Leben, Freiheit) für notstandsfähig erklärt wurden, und der Täter nur zu seinen eigenen Gunsten oder zu Gunsten ihm nahe stehender Personen einschließlich der Angehörigen handeln durfte. Dieser Einschränkung ist grundsätzlich zuzustimmen, da der Gedanke des entschuldigenden Notstandes, der nicht auf einer objektiven Interessen- und Güterabwägung sondern der Verzeihlichkeit menschlichen Fehlverhaltens infolge begrenz-

1) RGSt 62, 137

2) Begründung E 1962, S.160; vergl. ferner Jescheck, Niederschriften, Bd.13, S.131 f

ter psychischer Belastbarkeit im Konfliktfalle beruht,¹⁾ strenge Maßstäbe an das Verhalten des Täters setzen muß. Nur bei Gefährdung existenzieller Rechtsgüter kann der persönliche Vorwurf nicht normgemäßen Verhaltens entfallen. Auch ist es zu begrüßen, daß der Kreis der "Schutzpersonen" eingeschränkt wurde, denn es kann nicht im Interesse der allgemeinen Rechtsordnung liegen, wenn der Täter in einen Schicksalsablauf beliebiger Dritter durch "aufgezwungene" Hilfe eingreifen darf. Allerdings hätten neben den "nahe stehenden Personen" auch solche aufgeführt werden müssen, die zum Täter in einem besonderen Abhängigkeits- oder Obhutsverhältnis stehen.²⁾ Denn wenn er für das Wohl und Wehe anderer Personen einzustehen hat (z.B. als Arzt, Erzieher, Anwalt), dann darf es ihm auch nicht verwehrt sein, in deren Interesse notfalls eine rechtswidrige Handlung vorzunehmen, durch die er, würde er zu seinen eigenen Gunsten tätig, entschuldigt wäre.

Die §§ 39, 40 E 1962 hat der Gesetzgeber von 1975 in den §§ 34, 35 StGB wörtlich aufgenommen. Beim rechtfertigenden Notstand hat er allerdings die Irrtumsregelung des § 39 Abs.2 E 1962 bewußt nicht übernommen.³⁾ Der E 1962 war ursprünglich der Rechtsprechung gefolgt, die beim Irrtum über das Vorhandensein der Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes ausnahmsweise die Regeln der strengen Schuldtheorie angewendet hat.⁴⁾ Hat sich der Täter in vorwerfbarer Weise über das Vorhandensein eines rechtfertigenden Notstandes geirrt, ist er daher nach dieser Rechtsprechung nicht nach dem Fahrlässigkeitstatbestand sondern wegen der Vorsatztat zu bestrafen (mit entsprechender Strafmilderung). Die Rechtsprechung hat auf diese Weise vor allem erreichen wollen, daß schwerere Delikte, die in der fahrlässigen Begehungsform nicht strafbar sind

1) vergl. z.B. Schönke/Schröder/Lenckner, StGB §35 Rdnr.5

2) zu denken ist an die "Euthanasieprozesse" nach dem 3.Reich, s.o. IV, 6, S.85

3) ebenso auch nicht in §11 Abs.2 OWiG

4) vergl. Jescheck, Lehrbuch §41 III, S.372 ff; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB §16 Rdnr.13 ff

(z.B. §§218, 239, 240 StGB), nicht ungestraft bleiben. Denn beim rechtfertigenden Notstand kann dem Täter in der Regel eine gewissenhafte Prüfung zugemutet werden; ansonsten entstünde eine unvertretbare Strafbarkeitslücke.¹⁾ Die Rechtsprechung hat dies insbesondere in den Fällen des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt in Erwägung gezogen.²⁾ Dem Arzt ist eine gewissenhafte Prüfung, ob die medizinische Indikation gegeben ist, zuzumuten. Unterbricht er die Schwangerschaft zu Unrecht, weil er keine gewissenhafte Prüfung vorgenommen hat, macht er sich wegen vorsätzlicher Abtreibung strafbar³⁾ (vergl. §218 b StGB n.F.).

Aus diesem Grunde hatte die Strafrechtskommission eine besondere Irrtumsregelung für den Notstand für erforderlich gehalten.⁴⁾ Sie stieß damit jedoch auf Kritik.⁵⁾ Im Gegensatz zum Entwurf der Strafrechtskommission sah der Alternativentwurf bewußt von einer besonderen Irrtumsregelung ab, weil diese nach der Begründung zum AE systemwidrig war.⁶⁾ Es bestand hiernach kein Grund, beim Putativnotstand strengere Maßstäbe anzulegen als bei den sonstigen Irrtümern über Rechtfertigungsgründe. Für den medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch müßten besondere Vorschriften im Besonderen Teil des StGB geschaffen werden.⁶⁾

Der Gesetzgeber von 1975 ist auf diese Bedenken eingegangen und begnügte sich beim rechtfertigenden Notstand mit den allgemeinen Irrtumsvorschriften der §§ 16, 17 StGB. Die Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung, die beim rechtfertigenden Notstand die Regeln der strengen Schuldtheorie angewandt hat, wenn sich der Täter über die Not-

1) vergl. Dreher, Heinitz-Festschrift, S.226 f

2) vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.198 ff

3) RGSt 62,137 (138); BGH NJW 1951,412; BGHSt 3,7 (11 ff)

4) Begründung zum E 1962, S.160 f

5) Engisch, ZStW 70, 609; Gallas, Niederschriften, Bd.12, S.186 f; Arthur Kaufmann, ZStW 76, 571; Roxin, ZStW 76, 594 und ZStW 82, 675 ff (685); für eine besondere Irrtumsregelung: Jescheck, Niederschriften, Bd.12, S.181 f; Welzel, ZStW 76, 619 ff (627)

6) Begründung zu §15 AE, S.55

standsvoraussetzungen geirrt hatte, wäre daher contra legem und somit unzulässig. Es gelten vielmehr die allgemeinen Irrtumsregeln.¹⁾

Beim entschuldigenden Notstand hat der Gesetzgeber die besondere Irrtumsregelung hingegen beibehalten. Dies ist insofern inkonsequent, als m.E. die Argumente für und wider eine besondere Irrtumsvorschrift gleichermaßen für den rechtfertigenden wie für den entschuldigenden Notstand gelten. Der Alternativentwurf²⁾ hat eine solche besondere Regelung ebenfalls wie beim rechtfertigenden Notstand für überflüssig befunden: "Der sogenannte Putativ-Entschuldigungsnotstand ist echter Notstand; es handelt sich dabei nicht um ein Irrtums-, sondern um ein Zumutbarkeitsproblem."³⁾

Die heute gültigen Notstandsvorschriften haben folgenden Wortlaut:

§34 StGB: "Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden."

§35 StGB: "Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem

-
- 1) Baumann, AT, S.463; Dreher-Tröndle, StGB §34 Rdnr.18; Göhler, OWiG §16 Anm.9; Jescheck, Lehrbuch, §41 III, 3, S.377; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB §34 Rdnr.50; Samson SK §34 Anm.25; Stratenwerth, AT I Nr.468; a.A. Blei, AT S.150 ff; Hirsch LK (9.Aufl.) 85 Vor.§51; vergl. auch Lackner, StGB §17 Anm.5 c
 - 2) §23 AE: "Wer eine rechtswidrige Tat begeht, um eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld, wenn ihm ein anderes Verhalten nach den Umständen der Tat nicht zugemutet werden kann. Ist ihm ein anderes Verhalten zuzumuten, so kann die Strafe nach §61 Abs.1 gemildert werden."
 - 3) Begründung zu §23 AE, S.61

Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach §49 Abs.1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte.

Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Abs.1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach §49 Abs.1 zu mildern."

T e i l 3 : Der strafrechtliche Notstand in den
Niederlanden

Erster Abschnitt: Der strafrechtliche Notstand zwischen den Jahren 1804 und 1886.

I. Die erste Kodifizierung.

1. Die Entstehung des Entwurfs von 1804

Die Errichtung der "Batavischen Republik" im Jahre 1795 war eine der ersten Voraussetzungen für eine Rechtsvereinheitlichung innerhalb dieses Gebietes. Dieses Ereignis fiel in die Zeit der französischen Revolution, die gerade dabei war, das alte Europa wie ein Erdbeben aus seinem bisherigen Gefüge zu heben. Der in Frankreich laut gewordene Ruf nach Schaffung einer größeren Rechtssicherheit durch ein `g e s c h r i e b e n e s` Recht, an das der Richter unbedingt gebunden ist, schien auch in das Gebiet der Batavischen Republik gedrungen zu sein, wo ein starkes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtseinheit entstanden war. Das geschriebene Recht sollte die Gerechtigkeit ein für alle Mal garantieren. Art. 65 CP von 1810, eine Folge der französischen Revolution, erlaubt z.B. den Richtern nur in den `g e s e t z l i c h` vorgesehenen Fällen Strafausschließungsgründe anzuerkennen. In der Batavischen Republik mußte das gesamte materielle Recht sowohl im Zivil- wie im Strafrecht und das formelle Recht in den jeweiligen Verfahrensordnungen geregelt werden.¹⁾

Nachdem der erstmalig 1796 von einer Kommission begonnene Versuch zur Schaffung eines allgemeinen Strafgesetzbuchs gescheitert war, erstellte eine zweite, im Jahre 1798 eingesetzte Kommission einen Entwurf, den sie im Jahre 1804 der Regierung vorlegte (E 1804). Der Entwurf sollte die im ganzen Lande herrschenden Auffassungen über das allgemeine Recht, Strafrecht und Verfahrensrecht wiedergeben.²⁾

1) Art.28 der "Staatsregeling" von 1798

2) "Ontwerpen van eene Inleiding van het Recht in het algemeen, het Lijfstraffelijk Wetboek, en van Wetten omtrent het bewijs"; vergl. van Deinse, Beginselen, S.50,51; van Hamel, Inleiding, S.70; Kemper, CW S.93 ff. Eine Folio-Ausgabe des E 1804 befindet sich in der Universitäts-Bibliothek von Utrecht

2. Die Notstandsregelung im Entwurf von 1804.

In dem Entwurf von 1804 befanden sich auch Regelungen, die sich mit dem Notstand befaßten. Es handelte sich nicht um eine einheitliche Vorschrift, sondern um eine ganze Ansammlung von 8 aufeinanderfolgenden Artikeln, welche die Problematik dieses Themas bewältigen sollten. Der zweite Abschnitt des ersten Buchs des Entwurfs "Über die unterschiedliche Bewertung von Straftaten" erwähnte den Zwang, die Furcht, den Befehl und die Anstiftung.¹⁾ Der Gesetzgeber zeigte in diesen umständlichen Vorschriften noch keine sehr erfahrene Gesetzgebungstechnik. Der Mangel an gesetzgeberischer Straffung zeigte sich auch darin, daß im 4. Abschnitt die Artikel 35 bis 42 noch einmal wiederholt wurden. Wenn sich der Gesetzgeber auch nicht mehr an einzelnen Fällen wie dem im gemeinen Recht üblichen Diebstahl in Hungersnot²⁾ oder dem medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch u.a. aufhielt, sondern den "Notstand" im Allgemeinen Teil zu regeln versuchte, so kam er doch nicht über eine kasuistische Aufzählung von "Zwang", "Furcht" und "Befehl" hinaus, deren Voraussetzungen wie Ernsthaftigkeit, Gegenwärtigkeit, Unabwendbarkeit, Gewaltunterworfenheit im Befehlsnotstand er umständlich beschrieb. Not konnte sich strafmildernd oder -ausschließend nur in Fällen von Zwang, Furcht oder Befehl auswirken.

3. Die Kritik des "Hoog Nationaal Gerechtshof"

Die Regierung leitete den gesamten Entwurf an den Obersten Nationalen Gerichtshof (Hoog Nationaal Gerechtshof), der gemäß Art. 84 der Staatsverfassung von 1801 dazu Stellung zu nehmen hatte³⁾. Im Jahre 1806 erstattete der Gerichtshof dem König seinen Bericht; (die Republik war unter

-
- 1) den Wortlaut s. Bronkhorst, Overmacht in het strafrecht, S. 151, 152
 - 2) in Art. 73 gab es aber auch eine gesonderte Regelung für den Diebstahl aus Hunger; ebenso Totschlag in Nothilfe - Art. 104 Nr. 2
 - 3) vergl. Kemper, S. 107 ff; die ursprüngliche Textausgabe befindet sich in der Folio-Ausgabe in der Univ. Bibl. Utrecht - s. Bronkhorst, aaO 3.150 FN 48

König Ludwig Napoleon inzwischen in ein Königreich umgewandelt worden). Die Äußerungen des Gerichtshofes schienen nicht gerade ermutigend, da er die mühsam erarbeiteten Bestimmungen weitgehend für nutzlos hielt. Einer der wichtigsten Vorwürfe bestand darin, daß die Kommission für einen Gesetzgeber zu dogmatisch vorgegangen sei. Dies führte dazu, daß der Entwurf nicht zum Gesetz wurde¹⁾. Die Kritik traf auch die von der zweiten Kommission geschaffenen Notstandsregelungen. Kemper hob zudem hervor, daß die Vorschriften unnötigerweise Motiv und Resultat in sich vereinigen. So war es z.B. überflüssig, daß in Art. 35 der Kant'sche Gedanke, daß in äußerster Not die praeventive Wirkung der Strafnorm entfalle (die Nachteile drohen schlimmer zu werden als die Strafdrohung) zum Ausdruck gebracht wurde. Es hätte genügt, auf die reine Not abzustellen.

Der Entwurf war ganz von der subjektiven Notstandslehre ausgegangen. Straflosigkeit konnte nur eintreten, wenn Zwang oder Furcht die Willensfreiheit des Täters völlig aufgehoben haben. Bei nicht völligem Ausschluß der Willensfreiheit konnte allenfalls Strafmilderung eintreten, was für den Diebstahl in Hungersnot in Art. 73 sogar ausdrücklich ausgesprochen war. Grundgedanke für die Straflosigkeit oder -milderung war die psychologische Einengung des Täters in schwerer Not.

4. Das "Crimineel Wetboek" von 1809.

Im Jahre 1807 befaßte sich eine dritte Kommission erneut mit dem Entwurf von 1804 und berücksichtigte dabei die Einwände des Hoog Nationaal Gerechtshof. Sie schuf einen neuen Entwurf, der gegenüber dem E 1804 wesentlich straffer gefaßt war und sich auf das Notwendigste zu beschränken versuchte.²⁾ Der Gesetzgeber bewies hiermit, daß er in kurzer Zeit viel in der Gesetzgebungstechnik gelernt hat.

1) Algemeene Consideratien, S.6, 7 - Folio-Ausgabe (s.o.S. 109 FN 3; Kemper, S.113)

2) vergl. van Binsbergen, Algemeen karakter van het CW ..., S.18

Nach Billigung durch das Parlament und Unterzeichnung durch den König im Jahre 1808 wurde im Jahre 1809 dieser Entwurf zum Gesetz und erhielt die Bezeichnung "Crimineel Wetboek voor het Koningrijk Holland" (1809).

Auch die Notstandsregelung zog Nutzen aus den Erfahrungen seit 1806 und drückte sich nur noch in einer einzigen Vorschrift aus. Art. 24 CW lautete:

"Inwieweit Zwang, Befehl, berechtigte Furcht, starke Verleitung sämtliche Zurechnung aufheben oder zu einer leichteren Bestrafung führen müssen, muß von den Richtern aus der Art der Umstände, aus der seelischen und körperlichen Beschaffenheit des Täters und seiner Beziehungen zu demjenigen, der ihn gezwungen oder verleitet oder ihm befohlen hat, beurteilt werden." 1)

Die Niederländer erhielten mit Art. 24 CW eine Vorschrift, die ganz der Notstandsvorstellung der Napoleonischen und der nachfolgenden Zeit entsprach. "Zwang", "Furcht" und "Befehl" - Begriffe, die auf das römische Recht zurückgehen und später für das französische Recht maßgeblich geworden sind²⁾ - beherrschten die Vorstellung über den Notstand. Die Not spielte sich nach dieser Ansicht ganz im subjektiven Bereich des Täters ab. Der Vorwurf normwidrigen Verhaltens mußte deshalb entfallen, wenn der Täter psychisch so eingeengt wurde, daß ihm gar keine andere Wahl blieb, als die Norm zu verletzen, es sei denn, er würde sich selbst aufopfern.

Die Einwände des Hoog Nationaal Gerechtshof gegen den E 1804 hatte der Gesetzgeber in Art. 24 CW in einer für das niederländische Recht charakteristischen Weise berücksichtigt, indem er dem Richter einen möglichst weiten Beurteilungsspielraum eingeräumt hat. Denn wann die Notlage vorlag, sollte der Richter aus den jeweiligen konkreten

1) Art. 24: "In hoeverre dwang, bevel, billijke vrees, sterke verleiding alle toerekening wegnemen, of tot eene ligtere straf behooren te leiden, moet bij de regters uit den aard en de omstandigheden der zaken, uit de ziels- en lichaams-gesteldheid van den bedrjver en zijne betrekkingen tot hem, die gedwongen, bevolen, of verleid heeft, beoordeeld worden."

2) s.u. III, 1 a, S. 134

Umständen entnehmen. Der Gesetzgeber enthielt sich einer näheren Festlegung, wie diese Umstände aussehen sollten. Der spätere Art. 40 Sr von 1886 beschränkte sich überhaupt nur noch auf das Wort "overmacht" und trieb damit den richterlichen Beurteilungsspielraum auf die Spitze, (was nichts damit zu tun hat, daß die Gerichte diese Vorschrift zunächst sehr eng ausgelegt haben)¹⁾. Der Geist, ein möglichst undogmatisches Gesetz zu schaffen, wie es der Hoog Nationaal Gerechtshof gefordert hatte, hat sich bereits in Art. 24 CW ebenso wie später in Art. 40 Sr niedergeschlagen.²⁾

Im Vergleich zu dem Entwurf von 1804 und der Lehre des gemeinen Rechts war dem Gesetzgeber in Art. 24 CW die Abstraktion des Notstandes weitgehend geglückt. Kemper wies in diesem Zusammenhang auf Carpzow und Boehmer, deren Ausführungen er noch Mangel an Abstraktheit vorwarf. Man müsse zu diesem Thema "in den einzelnen Kapiteln über Totschlag und Diebstahl" suchen, um etwas zu finden, weshalb "die Lehren nicht selten an Richtigkeit und Allgemeinheit Mangel leiden."³⁾

"Die meisten (der Schriftsteller) lassen es mit der unverständlichen Zitierung einer Meinung noch unverständlicherer älterer Schriftsteller auf sich beruhen; und die Folge ist dann auch, daß wir manchmal bei demselben Schriftsteller in einen Fall (z.B. Diebstahl) den Einfluß höchster Not auf die Strafbarkeit erkannt sehen, obgleich dieser Einfluß in einem anderen Fall (z.B. Totschlag) wieder ganz vernachlässigt wird, während selbst die besten trotz Gleichbehandlung von Totschlag und Diebstahl sich um eine weitere allgemeine Nutzbarmachung ihrer Grundsätze überhaupt nicht kümmern, und das Stillschweigen des römischen Rechts noch immer viele Streitigkeiten und Unsicherheit zurückließ." ⁴⁾

5. Art. 24 CW im einzelnen.

Das Crimineel Wetboek galt bis zum 1. März 1811. Danach

1) s.u. III, 2 b S.183 ff ; IV, 2 a S.199 ff

2) Bronkhorst, Overmacht, S.156; vergl. Kemper, S.104, 105

3) Kemper, S.100 ff

4) aa0; vergl. Bronkhorst, Overmacht, S.162, 163

trat es außer Kraft und wurde durch den Code Pénal ersetzt¹⁾. Zuvor waren die Niederlande in das französische Reich eingegliedert worden²⁾. Da so das Crimineel Wetboek nur sehr kurze Zeit bestanden hat, konnte darüber in jener Zeit auch nur wenig Literatur entstehen. Eine gute Übersicht über diese Kodifikation lieferte Kemper in seinem Kommentar. Er soll daher die Grundlage der näheren Untersuchung zu Art. 24 CW sein.

a) "Dwang" in Art. 24 CW

Mit Rücksicht auf die Lehre über die "contrainte" zu Art. 64 CP³⁾ scheint eine Untersuchung über den Begriff "Zwang" (dwang) in Art. 24 CW erforderlich.

(1) Kemper unterschied in seinem Kommentar wie üblich zwischen vis absoluta und vis compulsiva. Er konnte hier schon auf den Entwurf von 1804 Bezug nehmen. Dort war zwischen "erzwungenen" (gedwongen) Taten und "Taten wider Willen" (onwillige daden) unterschieden worden. Die ersteren entsprachen solchen von vis compulsiva⁴⁾, die letzteren der vis absoluta⁵⁾, denen auch die Handlungs-Eigenschaft abgestritten wurde. Nach dem Entwurf von 1804 führte entsprechend einigen Ansichten im französischen Recht⁶⁾ vis absoluta zur Strafflosigkeit, während vis compulsiva nur Strafmilderung eintreten ließ⁷⁾. Kemper sah jedoch diese Verschiedenbehandlung nicht ein und legte den "Zwang" in Art. 24 CW weiter aus als in Art. 35 E 1804, indem er vis compulsiva mit der vis absoluta grundsätzlich gleichstellte. Die Voraussetzungen für die vis compulsiva sollten

1) Kaiserl. Dekret vom 25.11.1810

2) Kaiserl. Dekret vom 9. 7. 1810

3) s.u. III, 1 a S.134 ff und b S.138 ff

4) "erzwungene Taten sind solche, die jemand nur deshalb begehen will, um nach seinem Urteil größeres Leid oder größere Gefahr zu vermeiden" (Art.17 E 1804)

5) "Taten wider Willen, bei denen keine Wahlfreiheit besteht, bestehen eigentlich im Erleiden, nicht im Handeln; sie können deshalb nicht zugerechnet werden" (Art.22 E 1804)

6) s.u. III, 1 a S. 135 und b S. 139 ff

7) vergl. Bronkhorst, Overmacht, S. 159

der Beurteilung durch den Richter überlassen bleiben. Eine genaue gesetzliche Beschreibung hielt Kemper für ungeeignet, weil er bei zu detaillierten Formulierungen befürchtete, daß das richterliche Ermessen zu weit eingeschnürt würde.

(2) Unter "Zwang" konnten nach Kemper sowohl Umstände fallen, die von Menschen verursacht wurden (*vis a persona*)¹⁾, wie auch solche, die sich aus irgendwelchen anderen Umständen ergaben (*vis a rebus*)¹⁾ (z.B. Naturereignisse).²⁾ Es sollte keinen Unterschied machen, ob die Flamme eines zufälligen Brandes den Täter dazu nötigte, um sein Leben retten zu können, einen im Wege stehenden Unschuldigen von der Treppe zu werfen, oder ob das drohende Messer eines Bösewichts die Ursache seines Verhaltens war.²⁾

Im französischen Recht wurde zum Teil unterschieden, ob die *contrainte* von Menschen oder von anderen Umständen (Naturgewalt) ausging³⁾. Eine solche Unterscheidung trafen z.B. Chauveau und Hélie⁴⁾. Sie nahmen bei *vis absoluta* Art. 64 CP zwar an ("*impossibilium nulla est obligatio*"), kamen aber bei *vis compulsiva* zu dem Ergebnis,⁵⁾ daß Art. 64 CP mit dem Wort "*contrainte*" nur die von Menschen ausgehende Nötigung meinte⁶⁾. So wundert es auch nicht, daß der Hoge Raad in einem Fall einer drohenden Überschwemmungsgefahr Art. 64 CP nicht angewandt hat. In jenem

1) s.u. III, 1 b (3), S.143 FN 4

2) Kemper, aaO S.100 ff; s. Bronkhorst, aaO S.161

4) Chauveau et Hélie, Cap.XV, De la contrainte Nr.905, 2.Aufl. 1863, S.297

3) s.u. III, 1 b (3), S.143

5) allerdings widerstrebend, weil sie die Unterscheidung eigentlich nicht machen wollten: "...Alors la liberté est réellement opprimée, et il est indifférent qu'elle le soit par le fait d'un de nos semblables ou par toute autre force irrésistible", aaO

6) "Le mot *contrainte*, dont se sert l'art.64, n'est pas assez large. A la grande rigueur, il ne comprend que la *contrainte exercée par un de nos semblables*", aaO; anders Ortolan, Nr.363, S.152, der die Unterscheidung für Art.64 CP nicht vornahm.

Fall aus dem Jahre 1845 hatten Bauern vor einer herannahenden Hochwasserflut einen Polderdeich durchstochen, nachdem sie bereits den ganzen Tag vergeblich versucht hatten, ihre eigenen Wasserdämme zu schützen. Sie wollten verhindern, daß diese einstürzten und danach ihre eigenen Ländereien überflutet würden.¹⁾ Der H.R. hielt die durch die drohende Überschwemmung bei den Bauern entstandene Furcht nicht für so beachtlich, als daß sie ihr (der Furcht) nicht hätten widerstehen können. Art. 64 CP konnte daher keine Anwendung finden²⁾.

Wäre derselbe Fall nach Art. 24 CW zu entscheiden gewesen, so hätte man bei Beachtung der einzelnen Umstände "dwang" oder "billijke vrees" annehmen können, gleichgültig wo die Bedrohung ihre Herkunft hatte. Der Richter hätte allerdings innerhalb seines Ermessensspielraums erwägen müssen, ob die Bauern mit dem Durchstechen des Deichs nicht etwa andere, noch wichtigere Belange (z.B. Wohngebiete) gefährdet hätten³⁾.

b) "Billijke vrees"

Der Begriff "billijke vrees" sollte m.E. mit "berechtigter (= ge-billigter = anerkannter) Furcht" übersetzt werden. Der Begriff erinnert sehr an den römischen Satz: "Vani timoris excusatio non est"⁴⁾, womit gemeint war, daß es sich um eine *e c h t e* Furcht handeln mußte, die auch den standfestesten Menschen erschüttern mußte⁵⁾.

Fraglich ist, ob neben der Furcht auch andere Gemütsbewegungen wie Zorn, Eifersucht, Leidenschaft etc. unter

1) H.R. Urt.v. 30.9.1845, W.1845, Nr.657

2) "...daß aber die Furcht keineswegs gleichzusetzen ist mit einem solchen physischen oder moralischen Zwang, gegen den die Angeklagten nicht hätten widerstehen können, so wie es für die Anwendbarkeit von Art.64 (CP) verlangt wird;...", aaO

3) so auch Bronkhorst, aaO S.139; über §34, 2 StGB 1975

4) käme man zu den gleichen Erwägungen.

5) L.184, Dig. de reg. iuris.
vergl. Dig.IV, 2, 6

"berechtigter Furcht" verstanden werden konnten, d.h. ob "Furcht" im engeren Sinne zu verstehen war oder auch heftigere andere Gemütsbewegungen mitumfassen konnte.

M.E. kam hier nur eine analoge Anwendung in Betracht, weil "Furcht" nur eine besondere Ausformung einer Gemütsbewegung ist. Kemper prüfte, ob "drift" (Zorn) und "hartstogt" (Leidenschaft) über Art. 24 CW Berücksichtigung finden konnten. Unter "drift" verstand er nicht nur einen höheren Grad an Zorn, "sondern im Gegenteil alle über das gewöhnliche Maß hinausgehende Gemütsbewegungen"¹⁾. Dazu ob sich diese strafmildernd oder strafausschließend auswirken konnten, äußerte sich Kemper zurückhaltend. Dieser Zustand durfte nach ihm vom Täter nicht verschuldet sein und mußte auf den Täter derart stark und unmittelbar einwirken, daß diesem zum Überlegen gar keine Möglichkeit gegeben war. "Drift" sollte die Zurechnung grundsätzlich nicht entfallen lassen, wenn sich nicht aus dem Sinn der einschlägigen besonderen Gesetzesvorschrift und dem gesetzgebenden Willen etwas anderes ergeben sollte.¹⁾

Dies festzustellen, sei Aufgabe des Richters.

Eine solche Auslegung des Art. 24 CW war für die damalige Zeit recht großzügig, wenn man bedenkt, wie eng damals Art. 64 CP von den französischen Gerichten und später von den niederländischen ausgelegt worden ist²⁾. Nach dieser hätte die Aufzählung der Voraussetzungen in Art. 24 CW abschließenden Charakter haben müssen.

Leidenschaften wie Zorn, Haß, Liebe oder Eifersucht konnten zu damaliger Zeit im französischen Recht keine "contrainte" im Sinne von Art. 64 CP begründen. Eine Bestrafung solcher emotional motivierten Taten schien kriminalpolitisch notwendig, damit schwerste Verbrechen nicht mit irgendwelchen Leidenschaften entschuldigt werden konnten.³⁾

1) Kemper, aaO; s. Bronkhorst, aaO S. 164

2) s.u. III, 1 b und e sowie III, 2 b und IV, 2, S.138 ff

3) Bouzat, Nr.269, S.260; Chauveau et Hélie, Nr.376, (6. Aufl.) S.599; Donnedieu de Vabres Nr.378, S.271; Merle, S.260; Merle-Vitu, Nr.472, S.466; Garraud, Traité, Nr. 355, S.690; Stéfani-Levasseur, Nr.301, S.253; Vidal-Magnol, Nr.181, S.339

Lediglich die krankhaften Fälle der *m a n i a* konnten zum Ausschluß der Zurechnung führen¹⁾, die dann allerdings besser über die Unzurechnungsfähigkeit ("*démence*")²⁾ und nicht über die "*contrainte*" zu lösen waren³⁾.

Die Cour de Cassation hatte sich einmal mit einem Fall zu befassen, in dem die Frau eines Sanitätsoffiziers, dem eine vorzeitige Pensionierung drohte, den Kriegsminister und andere Beamte im Ministerium mit beleidigenden Briefen beschimpft hatte, um die frühzeitige Pensionierung ihres Ehemannes zu verhindern. In der Untersuchungshaft hatte sie ihre Beschimpfungen dann noch verstärkt. Die gerichtssachverständigen Gutachten, die sich mit dem Geisteszustand der wegen Beamtenbeleidigung und Nötigung angeklagten Frau befaßten, ergaben, daß die Frau nicht geisteskrank war. Einige Gutachter aber kamen zu der Feststellung, daß die Angeklagte eine "Impulsivtäterin" gewesen sei⁴⁾.

Die Cour de Cassation hob die aus diesem letzteren Grunde freisprechende Berufungsentscheidung der Cour de Nancy auf und führte zu ihrer Verurteilung u.a. aus, daß die "*contrainte*" nicht aus solchen Umständen hergeleitet werden dürfe, die in der Person des Täters selbst lägen.⁵⁾

Ebenso war der Erfolg einer Mutter, die sich auf *contrainte* berief, weil sie ihr neugeborenes Kind aus Furcht und Scham getötet hatte, versagt. In der ersten Instanz konnte sie sich mit Erfolg auf ihr fehlendes Handlungsbewußtsein berufen. Die Cour de Nancy, die als Berufungsinstanz hierüber zu entscheiden hatte, hielt für "*contrainte*" jedoch in der Person des Täters liegende Umstände für unbeachtlich.⁶⁾

-
- 1) Donnedieu de Vabres, Nr.344, S.200; Roux, S.176, FN 16
 - 2) so Baudry, S.104; Bouzat, Nr.242, S.239; Garraud, *Traité*, Nr.356, S.691
 - 3) Art. 64 CP enthält beide Fälle (*démence* und *contrainte*)
 - 4) vergl. Koch, *Der Einfluß von Zwang und Notstand*, S.18
 - 5) Crim. 11.4.1908, S.1909. I.473: "La cour de Nancy n'a pu légalement faire résulter la contrainte de l'impulsivité de la prévenue, c'est-à-dire d'un fait personnel à l'agent lui-même, et qui, comme tel, ne rentre pas dans les prévisions de l'art. 64 CP ..."; vergl. Koch, aaO
 - 6) Urt.v. 29.7.1846, S.1848.II.17

Die wegen fahrlässiger (!) Tötung angeklagte Mutter wurde lediglich aus prozessualen Gründen freigesprochen.¹⁾

Auch in neuerer Zeit berief sich ein Scheckbetrüger vergeblich auf contrainte morale, weil er auf Grund seiner Spielleidenschaft nicht anders habe handeln können²⁾, (ein Urteil, das im Ergebnis sicherlich nicht anzugreifen ist).

Auch der Gewissenszwang eines Zeugen Jehova's, der ihn hinderte, die Uniform anzuziehen, ließ sich nicht mit der contrainte morale rechtfertigen³⁾.

c) "Sterke verleiding"

Der Begriff "sterke verleiding" (wörtlich: starke Verleitung) meinte, daß der Täter einer starken Beeinflussung durch Mitmenschen und Umwelt ausgesetzt oder einer starken Versuchung oder Anstiftung (nicht im technischen Sinne) erlegen war. Nach Art. 42 E 1804 ließ "verleiding" die Strafbarkeit grundsätzlich nicht entfallen. Eine Ausnahme bestand nur, wenn der Täter in einem Abhängigkeitsverhältnis von der ihn beeinflussenden Person stand (dann liegt aber schon mittelbare Täterschaft vor), oder wenn er noch sehr jugendlich, geistig beschränkt oder betrunken war⁴⁾. Mit Rücksicht auf die Kritik des Hoog Nationaal Gerechtshof sah man bei der Fassung von Art. 24 CW von einer Beschreibung der "sterke verleiding" ab und stellte die Auslegung dem richterlichen Ermessen anheim.⁵⁾ Kemper warnte jedoch vor einer zu weiten Auslegung, weil sich im

-
- 1) "... La contrainte ne peut justifier le crime que lorsqu'elle résulte d'une cause extérieure, d'une impulsion étrangère à l'auteur du fait incriminé et qu'elle ne s'entend que de la violence physique ou morale exercée par un tiers ...", aaO
 - 2) Crim. 27.11.1926 JCP 1927, S.76 (Cour de Cassation)
 - 3) Tribunal militaire de Cassation de Metz, Urt.v. 14.11.1957, JCP 1958.II.10389; die Frage der Kriegsdienstverweigerung ist inzwischen gesetzlich geregelt, Gesetz Nr.63-1255 v.21.12.1963 - JO 1963,11456; vergl.Koch, S.22 vergl. ferner unten VII, S.312 ff
 - 4) s. Bronkhorst, Overmacht, S.165; Art.26 E 1804
 - 5) Bronkhorst, aaO

Prinzip sonst jeder Täter auf "verleiding" berufen könnte, d.h. darauf, durch irgendwelche äußeren Einflüsse bewogen worden zu sein. Der Gesetzgeber habe nur an solche Fälle gedacht, in denen der Wille derart überrumpelt wird, daß der Täter die Einsichtsfähigkeit in das Strafbare seines Vorgehens verliert, und wenn sonst ein derartiges Tun nicht auf die Gesinnung des Täters zurückzuführen wäre.¹⁾

d) Das richterliche Ermessen

Die Beurteilung, wann die einzelnen Voraussetzungen zu Art. 24 CW gegeben sind, war durch diese Vorschrift weitgehend in das richterliche Ermessen gestellt. Hierin unterscheidet sich Art. 24 CW wesentlich von Artt. 64 und 65 CP. Die französische Rechtsprechung und zunächst auch die niederländische zu Art. 64 CP hielt ganz starr an der Auslegung der contrainte als einer "unwiderstehlichen Kraft" fest. Art. 65 CP tat gegen eine extensive Auslegung von Art. 64 CP sein übriges.

Die Einräumung größeren Ermessensspielraums an den Richter ist überhaupt ein Kennzeichen niederländischer Strafgesetzgebung, die sich gerade beim Notstand gegenüber der starren französischen Regelung und den sehr ins einzelne gehenden, dogmatisch stark ausgeprägten deutschen Gesetzen und Entwürfen zu behaupten wußte²⁾. Skepsis gegenüber der Allmacht ausführlicher Gesetze, dafür aber größeres Vertrauen in die Richter, die sich dem Einzelfall besser anpassen können als ein starres Gesetz, drückte auch der Hoog Nationaale Gerechtshof in seiner zweiten "Algemeene Consideratie" aus. Die Erfahrung lehrte nach Ansicht des Hoog Nationaal Gerechtshof, daß im Bereich verbrecherischen Tuns sich die Einzelfälle fast niemals völlig gleichen, und daß der Richter bei einem zu unbeweglichen Gesetz ohne Bindung an dieses Gesetz möglicherweise anders, nach seinem Urteil gerechter entscheiden würde.

1) Kemper, S.139 ff; vergl. Bronkhorst, S.166; für eine weitere Auffassung als Kemper plädierte Duynstee, TvS 53 (1943), S.94 ff, (102)

2) Bronkhorst, Overmacht, S.168

Der Hoog Nationaal Gerechtshof verkörperte damit die allgemeine niederländische Ansicht über das Verhältnis zwischen Richter und Gesetz¹⁾. Dieser Geist findet sich später wieder in der MvT zu Art. 40 Sr²⁾, nach der es ebenso gefährlich wie unnötig sei, das freie richterliche Urteil durch eine gesetzliche Umschreibung (des Notstandes) zu binden.

Es wundert auch nicht, daß sich Kemper lobend über die Regelung des Diebstahls in Hungersnot in Art. 166 CCC aussprach, obschon doch diese Vorschrift sich nur auf den Diebstahl beschränkte³⁾. Diese Vorschrift gab den Richtern jedoch viel Gelegenheit, über die Not zu beraten: es sollten "abermals richter vnd vrtheyler (als obsteht) radts pflegen."⁴⁾

1) "...Wir dürfen wahrlich nicht nachlassen darauf hinzuweisen, daß wir insgesamt schlecht beraten wären, in diesem Lande, das sich durchweg einer sauberen und unbefleckten Rechtsausübung rühmen kann, das Urteil des Richters an bestimmte allgemeine Vorschriften zu binden und es damit zu beschränken. Lehrt doch die Erfahrung, daß im Bereich der Straftaten die Umstände der Einzelfälle sich beinahe nie völlig gleichen, und daß die Verpflichtung des Richters, allgemeine, ihm vorgeschriebene Regeln auf eine bestimmte Art zu beachten und auf die sich zutragenden Fälle anzupassen, ihn leichter zu einem tatsächlich weniger gerechten oder billigen Richtspruch führen könnte, wie er ihn vielleicht nach seinem eigenen freien Urteil gefällt hätte...", Hoog Nationaal Gerechtshof, Algemeene Consideratien, 24.10.1806, S.6, 7

2) Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, Bd.1, Art.40, S.376

3) s. Bronkhorst, Overmacht, S.162

4) s.o. Teil 1 IV, S.15 ff

II. Die Entwürfe zwischen den Jahren 1815 und 1881.

Nachdem die Niederländer nach der napoleonischen Zeit ihre politische Unabhängigkeit und nationale Freiheit zurückerlangt hatten, ließen sie nicht ihr früheres Gesetzeswerk, das *Crimineel Wetboek* von 1809 wieder in Kraft treten, sondern hielten den *Code Pénal* "provisorisch" aufrecht¹⁾. Man wollte ein neues Strafgesetzbuch konzipieren; die Übergangszeit sollte der *Code Pénal* überbrücken.²⁾ Diese Übergangszeit dauerte allerdings bis zum 3. März 1881, als endlich das neue, noch heute geltende Strafgesetzbuch (*Wetboek van Strafrecht*) verabschiedet wurde.³⁾ Wenn man berücksichtigt, daß das "*Wetboek van Strafrecht*" von 1881 erst am 1. September 1886 endgültig in Kraft trat,⁴⁾ dann kann sich der *Code Pénal* einer Geltungsdauer von 75 Jahren in den Niederlanden rühmen.

In die Zeit zwischen den Jahren 1815 und 1881 fallen zahlreiche Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch. Während sich die anderen Kodifikationen, insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch, das Handelsgesetzbuch und die Zivil- und Strafprozeßordnungen⁵⁾ wesentlich rascher zum Abschluß bringen ließen, mußte das Strafgesetzbuch bis zu seiner endgültigen Fassung wesentlich mehr Hindernisse überwinden und benötigte daher auch wesentlich mehr Zeit⁶⁾.

1. Der Entwurf von 1827.

Im Jahre 1814 befaßte sich unter der Leitung von Kemper und Philipse erneut eine Kommission mit der Schaffung eines Strafgesetzbuchs für die Niederlande⁷⁾. Der Ent-

-
- 1) Verordnung vom 1.12.1813, Art.6, StBl.5; Verordnung vom 11.12.1813, Art.1, StBl.10
 - 2) s. Schaffmeister, Das niederl. Strafgesetzbuch, S.10 ff
 - 3) *Wetboek van Strafrecht* v. 3.3.1881, StBl.35
 - 4) Novellengesetz v. 15.1.1886, StBl.6; Art.2 Einführungsgesetz zum *Wetboek van Strafrecht*; vergl. Schaffmeister, aaO S.16
 - 5) sie traten alle am 1.10.1838 in Kraft, Art.1 Ges. vom 10.4.1838, StBl.12
 - 6) s. Schaffmeister, aaO S.13 ff
 - 7) *Ontwerp van een Crimineel Wetboek voor de Vereenigde Nederlanden*, zusammengestellt v. Kemper u. Philipse, s' Gravenhage 1815

wurf war im Wesentlichen eine Übernahme des Crimineel Wetboek von 1809 und sah nur einige Änderungen im Besonderen Teil vor¹⁾. Der Art. 24 CW wurde in Art. 35 E 1815 wörtlich übernommen. Lediglich nach dem Tatbestandsmerkmal "sterke verleiding"²⁾ wurde ein weiteres Merkmal "dadelijk levensgevaar" (unmittelbare Lebensgefahr) zugefügt³⁾. Inhaltlich trat dadurch gegenüber Art. 24 CW keine Änderung ein, da die Aufnahme von "unmittelbarer Lebensgefahr" nur eine Klarstellung, keine Erweiterung bewirken konnte. Eine akute Lebensgefahr wäre auch mit "dwang"⁴⁾, "sterke verleiding"²⁾, sicher aber mit "billijke vrees"⁵⁾ zu lösen gewesen.

Es bedurfte jedoch langer Beratungen, bis dann endlich im Oktober 1827 der Entwurf offiziell als Strafgesetzbuch für das Königreich der Niederlande⁶⁾ dem Parlament zugeleitet wurde.⁷⁾

Der Entwurf konnte jedoch nicht zum Gesetz werden, da er innerhalb und außerhalb des Parlaments heftig kritisiert wurde. Der stärkste Widerstand kam von den Südholländern, d.h. den Belgiern und Luxemburgern. Sie bezeichneten den Entwurf als barbarisch und mittelalterlich⁸⁾. Vor allem die Strafandrohungen wurden als zu abschreckend empfunden. Die Notstandsregelung wollten die Belgier durch Art. 64 CP ersetzt haben⁹⁾. Es sollte klar zwischen "force majeure" einerseits und den "übrigen" Fällen andererseits unterschieden werden. Im Sinne von Art. 64 CP sollten die Fälle

1) Bronkhorst, S.169; van Hamel, Inleiding, S.78; Schaffmeister, S.13

2) s.o. I, 5 c S.118 ff

3) Art. 35: "Inwieweit Zwang, Befehl, berechtigte Furcht, starke Verleitung oder unmittelbare Lebensgefahr sämtliche Zurechnung aufheben, ..." s.o. I, 4 S.111

4) s.o. I, 5 a S. 113 ff

5) s.o. I, 5 b S. 115 ff

6) Ontwerp van een wetboek op het strafregt voor het Koninkrijk der Nederlanden, Brüssel 1827

7) Art. 35 E 1815 entsprach nunmehr Art. 34 E 1827

8) van Deinse, De algemeene beginselen, S.59

9) "La section demande la suppression de l'art. 33, et le remplacement de l'art. 34 par l'art. 64 du Code actuel", Noordziek, Geschiedenis der beraadslagingen, II. Teil, Anm. zu Art. 28-34, 2.Abt.

der force majeure zwingend Strafflosigkeit zur Folge haben, während die anderen Fälle nicht von Art. 64 CP erfaßt sein sollten, dafür aber (fakultativ) strafmildernd berücksichtigt werden konnten¹⁾.

An Art. 34 E 1827 wurde auch gerügt, daß die Vorschrift zu unbestimmt gewesen sei: man befürchtete "un trop vague arbitraire." Die Neigung zum französischen Recht wurde hier ganz offensichtlich.

Die Kritik der Belgier war zum einen aus politischen Gründen zu verstehen. Nachdem durch den Vertrag von Wien im Jahre 1815 Belgien und Luxemburg mit den Niederlanden zu einem Königreich zusammengefügt worden waren, begann eine heftige Rivalität zwischen den südlichen Provinzen (Belgien und Luxemburg) und den nördlichen (Niederlande). Alle Vorschläge, welche die Regierung aus Den Haag unterbreitete, wurden von den Belgiern grundsätzlich abgelehnt, während sie von den Holländern befürwortet wurden.²⁾

Zum anderen waren die Belgier, die seit 1795 zu Frankreich gehörten, stark vom französischen Recht beeinflußt. Sie waren den relativ modernen Code Pénal bereits gewöhnt und wollten nicht mehr einem aus ihrer Sicht veralteten Recht zustimmen, das seinen Ursprung noch in der Batavischen Republik hatte³⁾. Das große Vertrauen der Niederländer in

1) "La section pense, qu' il faut distinguer clairement le cas de force majeure et irrésistible d' avec les autres cas, et le premier ne doit donner lieu à aucune peine comme cela est statué dans l' art.64 du Code actuel; dans les autres cas le simple ordre ne doit pas être compris, les autres circonstances indiquées dans l' art., peuvent donner lieu à la diminution de la peine", aa0, 4.Abteilung. Entsprechend äußerte sich auch die 7.Abteilung, die zudem die mangelhafte Übersetzung von der niederländischen in die französische Sprache rügte ("...par exemple: fortes menaces, n' est pas: billijke vrees, - danger imminent, n' est pas: levensgevaar")..."La section pense, qu' il faudra introduire une distinction plus spécifiée pour les cas, dans lesquels il y aura à acquitter le prévenu ou bien de diminuer seulement la peine. On peut admettre la disposition, telle qu' elle est, de l' article dans les cas de contrainte, violence ou danger imminent (Lebensgefahr); mais dans les autres cas, il ne peut y avoir lieu qu' à un diminution de peine et non à un acquittement définitif, par cette seule raison que le coupable, quoique gêné dans sa volonté, ne peut pas être considéré comme n' ayant absolument pas eu l' usage de sa volonté", aa0 7.Abteilung.

2) s. van Deinse, S.58 f

3) Bosch, S.36; Bronkhorst, S.172; Schaffmeister, S.13

ihre Richter vermochten die Belgier nicht aufzubringen; die Notstandsvorschrift mußte ihnen daher zu unbestimmt vorkommen.

Auf den Widerstand der südniederländischen Provinzen hin konnte der Entwurf von 1827 nicht zum Gesetz werden. Es blieb bei diesem Entwurf, der überdies bald in Vergessenheit geriet.¹⁾

2. Der Entwurf von 1839.

Die Kritik der Belgier führte ein Jahrzehnt später zu einem neuen Entwurf, der wesentlich enger an den Code Pénal als der Vorentwurf angelehnt war. Allerdings waren die Belgier nach der "Septemberrevolution" von 1830 und den Beschluß der Londoner Konferenz von 1831 aus dem niederländischen Verbund bereits völlig ausgeschieden.²⁾ Im Oktober 1839 konnte die Regierung einen neuen Entwurf über den Allgemeinen Teil eines Strafgesetzbuchs dem Parlament vorlegen, der von diesem dann auch angenommen und sogar im Gesetzblatt veröffentlicht wurde³⁾. Als G e s e t z trat er jedoch n i e in Kraft. Als die Regierung den zweiten Teil dem Parlament vorlegte, forderte dieses bereits wieder eine Neufassung des Allgemeinen Teils.⁴⁾

Die Angleichung an das französische Recht zeigte sich besonders deutlich bei der Notstandsregelung. Die äußere Ähnlichkeit bestand bereits in der gleichlautenden Nummer wie im Code Pénal "Art.64". Inhaltlich war Art. 64 des Entwurfs von 1839 eine Übersetzung des Art. 64 CP:

Art.64 E 1839: "Denjenigen, die zur Zeit der Tatbegehung ihrer Sinne völlig beraubt waren, oder die durch einen übermächtigen Einfluß (overmacht) zu der Tat gezwungen wurden, kann die Tat nicht als Straftat zugerechnet werden." 5)

1) s. van Binsbergen, Algemeen karakter ... S.12

2) s. Brockhaus-Enzyklopädie, 13 S.426 (Niederlande)

3) Ges.v. 10.6.1840, StBl. 20 - 26

4) Bosch, S.38; van Hamel, S.80; Schaffmeister, S.14

5) den französischen Text s.u. III,1 S. 133 ; der niederländische Text lautete:

Art.64: "Aan hen, die op het oogenblik van het plegen eener daad geheel zineloos geweest zijn, of die door
b.w.

Die Übersetzung glich stark der offiziellen amtlichen Übersetzung durch die kaiserliche Druckerei von 1811¹⁾:

Art.64: "Es liegt weder ein Verbrechen noch ein Vergehen vor, wenn sich der Beschuldigte zur Zeit der Tat im Zustand einer krankhaften geistigen Störung (krankzinnigkeit) befunden hat, oder wenn er durch einen übermächtigen Einfluß (overmacht) zu der Tat gezwungen wurde." 2)

In dem Entwurf von 1839 tauchte wieder der Begriff "overmacht", der die etwas umständliche Wendung: "une force à laquelle il n' a pu résister" des Art. 64 CP zusammenfassen sollte³⁾, auf, nachdem er in der Zeit nach der amtlichen Übersetzung aus dem Jahre 1811 in den nachfolgenden Entwürfen verschwunden war. Die Unzurechnungsfähigkeit ("geheel zinneloos" = démente) und die "overmacht" ("contrainte ..."; übermächtiger Einfluß⁴⁾) wurden wieder in einer einzigen Vorschrift zusammengefaßt.

Das Wort "overmacht" ist bei den Beratungen allerdings nur im Sinne physischer Gewalt (vis absoluta) behandelt worden. Die 5. Abteilung bemerkte hierzu:

"Man konnte in diesem Titel, der über die Zurechnung von Straftaten handelte, keine Erwähnung über eine Straftat, die in Notwehr (moderamen inculpatae tutelae) begangen wurde, finden, - und ebenfalls nicht vom sittlichen Zwang, der oft mehr als körperlicher Zwang vorkommt, durch den jemand zur Begehung einer Straftat getrieben wird, z.B. mit der Drohung, ein Geheimnis aufzudecken oder dergleichen. Man glaubte, die Aufmerksamkeit der Regierung auf diese beiden Punkte lenken zu müssen." 5)

Diese enge overmachts-Vorstellung war bereits damals recht rückschrittlich, da Kemper sich bereits zu Art. 24 CW für eine Gleichbehandlung der vis compulsiva und absoluta ausgesprochen hatte⁶⁾ und die französische Literatur die

overmagt daartoe zijn gedwongen, kan die daad niet als misdrijf worden aangerekend."

- 1) vergl. van Deinse, S.55; Schooneveld, S.1 ff; Bronkhorst, S.10 ff; 133; 174
- 2) Art.64: "Daar is noch misdaad, noch wandbedrijf, zoo wanneer de beklaagde ten tijde van het feit in staat van krankzinnigheid was, of wanneer hij door overmagt gedwongen werd."
- 3) Bronkhorst, S.10; s.u. IV,1 S.189
- 4) Übersetzung von Schaffmeister, S.76
- 5) Voorduin, Geschiedenis XI. 5.Tit.III, S.330
- 6) s.o. I,5 a S.113

contrainte morale als Strafausschließungsgrund zum damaligen Zeitpunkt bereits weitgehend anerkannt hat¹⁾. Die Ursache dieser "Rückfallerscheinung" läßt sich vor allem damit erklären, daß sich damals die zweite Kammer und die Regierung weniger um den dogmatischen Teil des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs kümmerten, zumal sie sich ja auf die bereits geleisteten Vorarbeiten stützen konnten, sondern ihre größere Aufmerksamkeit hauptsächlich dem Strafsystem zuwandten. Das Parlament forderte die Abschaffung der Züchtigungs- und Schafottstrafe, der Ehrlosenerklärung und der lebenslänglichen Freiheitsstrafe, während die Regierung an deren Beibehaltung festhielt und nur langsam dem wachsenden Druck nachgab. Ferner fixierte sich der Streit auf den Sinn unterschiedlicher Gefängnisssysteme, und schließlich stritt man auch darüber, ob der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs vorab oder gleichzeitig mit dem Besonderen Teil beschlossen werden sollte.²⁾

3. Der Entwurf von 1847.

Den Forderungen des Parlamentes folgte die Regierung schließlich mit der Einreichung eines neuen Entwurfs für das gesamte Strafrecht im Jahre 1847³⁾. Zwar wurde dann auch der Allgemeine Teil des Entwurfs vom Parlament im Juli und August 1847 angenommen, doch scheiterte letztlich die gesamte Vorlage, weil ein Streit darüber entstanden war, daß in dem neuen Entwurf eine Bestimmung darüber, daß Geistliche sich nicht ohne amtliche Genehmigung an einen ausländischen Hof oder an eine ausländische Regierung in Glaubensfragen wenden durften (das sog. "recht van placet"⁴⁾), nicht mehr aufgenommen war⁵⁾. Ansonsten wurde der Entwurf

1) s. Koch, Der Einfluß von Zwang ... S.50; s.u. III, 1 b S.138

2) Bosch, S.39; van Hamel, S.79 ff; Schaffmeister, S.14; vergl. Bronkhorst, S.174

3) Ontwerp wetboek van strafrecht vom 3.2.1847, s' Gravenhage 1847; insgesamt hatte die Regierung 31 Entwürfe vorgelegt.

4) Bronkhorst, S.176

5) Bosch, aaO; van Deinse, S.62; van Hamel, aaO; van Bemmelten, Ons strafrecht I, S.3 f; Schaffmeister, aaO

aber allgemein gelobt, was auch noch in der MvT zum heutigen Strafgesetzbuch zum Ausdruck gebracht worden ist¹⁾.

In Artt. 62 und 63 wurde die Notwehr im Allgemeinen Teil zum ersten Mal gesondert geregelt, womit sich zeigt, daß die 5. Abteilung mit ihrer Anmerkung²⁾, im Entwurf von 1839 fehle eine allgemeine Notwehrbestimmung, insoweit Erfolg gehabt hat. Dagegen schien sie auf die Notstandsregelung wenig Einfluß ausgeübt zu haben, da sich Art. 67 E 1847 von Art. 64 E 1839 nur darin unterschied, daß die "overmacht" der "krankzinnigheid" (démence) vorangestellt wurde.

Art.67: "Keine Tat wird als Straftat zugerechnet, zu welcher der Täter durch einen übermächtigen Einfluß (overmacht) gezwungen wurde, oder wenn er sich zur Zeit der Tatbegehung in einem Zustand krankhafter geistiger Störung (krankzinnigheid) befunden hat." 3)

Abgesehen von dieser äußerlichen Veränderung war die Notstandsregelung des Art. 67 E 1847 auf dem Stande des Art. 64 E 1839 und damit des Art. 64 CP verblieben. In ähnlicher Weise hatte übrigens Art. 64 CP die Entstehungsgeschichte des vier Jahre später in Kraft getretenen § 40 StGB von 1851 in Preußen beeinflußt, wo man eine weitergehende Regelung für überflüssig befand⁴⁾.

4. Der Entwurf von 1859.

Eine Einigung über das "recht van placet"⁵⁾ im Entwurf von 1847 kam nicht mehr zustande, weitere Entwürfe gerieten ins Stocken und jegliche neuen Bemühungen "verfielen wie von selbst."⁶⁾ So mußten sich die Niederländer weiterhin

1) "Dieser Entwurf hat viele unverkennbare Verdienste. In Form und Inhalt unterscheidet er sich in mancher Hinsicht günstig vom Code Pénal", Smidt I, S.4

2) s.o. 2, S.125 FN5; Voorduin aa0

3) Art.67: "Geene daad wordt als misdrijf toegerekend, bij aldien de dader door overmacht daartoe is gedwongen, of op het oogenblik van het plegen der daad zich in eenen staat van krankzinnigheid heeft bevonden."

4) s. Mittermaier, GA VII, 173 ff; s.o. Teil 2 II,3 S.61 ff

5) s.o. 3, S.126 FN 4

6) van Deinse, S.62

mit dem Code Pénal behelfen, den sie lediglich stückweise nach ihren Bedürfnissen änderten.¹⁾ Im Jahre 1859 wurde erneut ein Entwurf für einen Allgemeinen Teil eines Strafgesetzbuchs vorgelegt. Der Entwurf kam unter dem Minister Boot zustande,²⁾ wurde allerdings bereits 1860 durch den Minister Godefroi wieder zurückgezogen,³⁾ ohne überhaupt von der zweiten Kammer behandelt worden zu sein.⁴⁾ Der Entwurf hatte den dogmatischen Anforderungen der damaligen Zeit sowie den Vorstellungen über das Strafsystem offensichtlich nicht entsprochen. M o d d e r m a n , der mit seiner Dissertation⁵⁾ und später als Justizminister entscheidend am Entstehen des Strafgesetzbuchs von 1881/86 beigetragen hat, bedauerte das Scheitern jenes Entwurfs keineswegs und schrieb dazu:

"Ein Gesetzbuch, in welchem im Widerspruch mit der Wissenschaft der Versuch mit demselben Strafmaß belegt wurde wie das vollendete Delikt, - dessen Verfasser in Art.325 CP 'Aberkennung der elterlichen Gewalt' lesen konnte, - in welchem durch die Kombination von Einzel- und gemeinschaftlicher Haft, die durch ein- und denselben Verurteilten verbüßt werden sollte, der Gipfel an Grundsatzlosigkeit erreicht war, - ein solches Gesetzbuch konnte keine Sympathie verdienen." 6)

Modderman verlangte die völlige Gesamtreform des Strafrechts.⁷⁾

Obwohl der Entwurf von 1859 von Boot sich als eine nur kurze Episode erwies, verdient die dort getroffene Notstandsregelung doch einer besonderen Hervorhebung.

Art.29: "Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn eine Pflicht etwas zu tun, völlig unmöglich war, oder (der Verstoß gegen) eine Pflicht, etwas zu unterlassen, durch einen übermächtigen Einfluß (overmacht) erzwungen wurde.

Overmacht ist anzunehmen, wenn dem Täter auf Grund von

-
- 1) z.B. durch Gesetz v. 29.6.1854, StBl.Nr. 102; vergl. Modderman, De Hervorming ... S.9; Schaffmeister, S.11
 - 2) Ontwerpen van wet, s'Gravenhage 1859
 - 3) vergl. Modderman, S.32 ff
 - 4) Bronkhorst, Overmacht S.177; Schaffmeister, S.15
 - 5) A.E.J. Modderman, De Hervorming onzer Strafwetgeving, Kritische Beschouwing over de Wet van 29. Juni 1854, (StBl.Nr.102), s'Gravenhage 1863
 - 6) Modderman, S.32,33
 - 7) vergl. Schaffmeister, S.15

Umständen, die nicht durch sein Zutun entstanden sind, zur Abwendung einer drohenden Gefahr gegen sein oder eines anderen Leben kein anderes Mittel blieb, als eine Tat zu begehen, die als solche eine strafbare Handlung darstellen würde." 1)

Es fällt auf, daß dieser Gesetzesvorschlag völlig aus dem Rahmen der bisherigen Entwürfe fiel. Eine Ähnlichkeit mit Art. 64 CP bestand überhaupt nicht. Der Artikel regelte den Notstand eigenständig, ohne die Unzurechnungsfähigkeit mitzuumfassen. Im Gegensatz zu den Vorentwürfen wurde die overmacht näher umschrieben als eine unabwendbare Gefahr gegen das Leben des Täters oder eines Dritten. Der Täter durfte den Notstand außerdem nicht verschuldet haben ("Umstände, die nicht durch sein Zutun entstanden sind"). Damit wurde der Notstand eingegrenzt als eine Situation unverschuldeter Lebensgefahr.

Art. 29 E 1859 zeigt eine deutliche Parallele zu den damaligen deutschen Entwürfen und Gesetzen zum Notstand (außer Preußen)²⁾, die später dann ihren Niederschlag in § 54 RStGB gefunden haben. In Art. 29 E 1859 hat sich ein einziges Mal der Einfluß des deutschen Rechts auf dem Gebiet des Notstandes bemerkbar gemacht. Die Niederländer schienen sonst eher geneigt, sich nach dem französischen Recht zu orientieren, um dann zuletzt aber doch (in Art. 40 Sr) einen eigenen Weg gefunden zu haben. Allerdings konnte sich auch der Gesetzgeber von 1881/86 der deutschen Notstandslehre nicht entziehen, wie die MvT zu Art. 40 Sr zeigt.³⁾ Er verwertete sie aber nicht im Gesetz, sondern verwies sie auf die Wissenschaft und Praxis.⁴⁾

1) Art. 29: "Geen misdrijf bestaat, indien hetgeen moest gedaan worden, volstrekt onmogelijk was, of hetgeen moest nagelaten worden, door overmagt werd afgedwongen.

Het bestaan van overmagt wordt aangenomen wanneer den dader, door omstandigheden buiten zijn eigen toedoen, ter afwering van een dreigend gevaar voor zijn of eens anders leven geen ander middel overbleef dan de daad, welke op zichzelf misdrijf zoude daarstellen."

2) s.o. Teil 2 II, S. 58 ff

3) Smidt I, S. 376; s.u. IV, 1 d (2) S. 195 ff

4) vergl. auch Pompe, TvS 1929, S. 49 ff (55 ff); s.u. IV, 1 S. 189 ff

Bemerkenswert ist auch, daß sowohl Art. 29 E 1859 wie später auch § 54 RStGB¹⁾ an das Verschulden der Notstandslage durch den Täter anknüpften.²⁾

5. Der Entwurf von 1875 und das geltende Strafgesetzbuch.

Das ständige Scheitern der Entwürfe zur Schaffung eines neuen, niederländischen Strafgesetzbuchs löste nach einer längeren Resignationsphase eine steigende Unzufriedenheit aus, die den Ruf nach einer Ablösung des inzwischen stark "gestutzten" Code Pénal immer lauter werden ließ. Die treibende Kraft hierfür verkörperte sich in M o d d e r m a n . In seiner bereits erwähnten Dissertation³⁾ bezeichnete er die bisherige Gesetzgebung als systemlos und ungereimt; sie laufe den Interessen der Nation wie auch der Wissenschaft und Rechtsprechung und dem Kulturstand zuwider. Deshalb müsse das gesamte Strafrecht reformiert werden.⁴⁾

Durch einen Beschluß des Königs vom 28. September 1870 wurde eine Staatskommission eingesetzt, die ein neues Strafgesetzbuch zusammenstellen sollte.⁵⁾ Ihr Vorsitzender wurde J. de Wal (Hochschullehrer in Leiden), Schriftführer wurden W.F.G.L. François (Richter am Gerichtshof von Südholland) und A.A. de Pinto (Ministerialrat im Justizministerium). Als weitere Mitglieder wurden M.S. Pols (Rechtsanwalt in den Haag, später Hochschullehrer in Leiden) und A.E.J. Modderman (Hochschullehrer in Amsterdam, später in Leiden, außerdem Justizminister) be-

-
- 1) heute meint §35 StGB 1975 mit "... selbst verursacht" ebenfalls ein Verschulden, s. Schönke/Schröder, StGB §35, Rdnr.26; zumindest muß wegen der eigenen Gefahrverursachung dem Täter die Hinnahme der Gefahr zugemutet werden können, Dreher-Tröndle, §35 Rdnr.11; OLG Hamm JZ 1976, 610,(612); s.u. IV,2 c (2) S.220 ff
 - 2) in Art.67 BayStGB v.1861 war gegenüber dem Entwurf von 1822, der die vorsätzliche Notstandsherbeiführung nicht entschuldigt hatte, das Verschuldenselement entfallen; s.o. Teil 2 II,1 S.59 ff
 - 3) s.o. 4, S.127 FN 5
 - 4) Modderman, S.34; Schaffmeister, S.15
 - 5) Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht 1870/1876 (zitiert als "Protokolle"), s.u. IV,1 S.189 ff

rufen.¹⁾ Durch königlichen Beschluß vom 18. März 1871 wurde G.J.Th. Beelaerts van Blokland als stellvertretender Schriftführer der Kommission hinzugewiesen. Ferner wurde François auf sein Gesuch hin von seinem Auftrag enthoben und durch J.J. Loke ersetzt.

Nachdem die Kommission nahezu fünf Jahre lang nach 177 allwöchentlichen Zusammenkünften den Entwurf erarbeitet hatte, legte sie ihn am 23. Mai 1875 dem König vor. Der Justizminister H.J. Smidt, der später die MvT zum Wetboek van Strafrecht zusammengestellt hat,²⁾ leitete den von der Kommission ausgearbeiteten Entwurf von 1875 schließlich am 22. Februar 1879 an das Parlament. Als im Jahre 1880 Modderman den Justizminister Smidt ablöste, legte er dem Parlament nocheinmal einen überarbeiteten Entwurf vor, der dann nach Annahme durch das Parlament als Strafgesetzbuch vom 3. März 1881 im Gesetzblatt verkündet wurde.³⁾ Nach einigen weiteren Schwierigkeiten insbesondere bei der Gestaltung des Gefängniswesens konnte das neu geschaffene Strafgesetzbuch endgültig am 1. September 1886 in Kraft treten.⁴⁾ Dieses Gesetz, ein "eigenständiges nationales niederländisches Werk"⁵⁾ gilt bis zum heutigen Tage.

Der Notstand ist in Art. 40 Sr geregelt worden.⁶⁾ Die dort erwähnte "overmacht" ist jedoch ursprünglich nicht gleichbedeutend mit dem deutschen "Notstand";⁷⁾ diese Bedeutung erhielt sie erst später vor allem durch die Rechtsprechung.⁸⁾

-
- 1) vergl. Smidt I, S.XIV; Schaffmeister, aaO S.15
 - 2) Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, in 5 Bänden, Haarlem 1881
 - 3) Wetboek van Strafrecht v. 3.3.1881, StBl.35
 - 4) Art.2 Einführungsgesetz zum Wetboek van Strafrecht; vergl. Schaffmeister, S.16; s.o. 121
 - 5) Schaffmeister, S.16
 - 6) dazu näher: s.u. IV ff S.189 ff
 - 7) s.u. IV,1 S.189 ff
 - 8) s.u. IV,2 S.199 ff

III. Die Behandlung des Notstandes in den Jahren von 1811 bis 1886.

Nachdem die Niederlande dem Kaiserreich Frankreich eingegliedert worden waren, wurde in den Niederlanden seit dem 1. März 1811 der Code Pénal eingeführt. Trotz der vielen späteren Bemühungen, nach dem Zusammenbruch des Kaiserreichs ein eigenes Strafgesetzbuch für die Niederlande zu schaffen, blieb der Code Pénal in den Niederlanden bis zum Jahre 1886 geltendes Recht.

Der Grund der langen Überlebensdauer dieses französischen Gesetzeswerkes lag weniger darin, daß man den Code Pénal etwa als das beste Kodifizierungswerk betrachtete, als vielmehr darin, daß er ständig die Funktion eines Provisoriums zu übernehmen hatte. Er sollte eigentlich nur einen vorläufigen Zustand regeln, bis ein neues, niederländisches Strafgesetz in Kraft trat:

"bij provisie en tot dat daarin nader zou voorzien zijn¹⁾..."

Er schien dann aber nach dem ständigen Scheitern der Kommissionen zur Schaffung eines neuen, eigenen Strafgesetzbuchs vor allem in der Resignationsphase zwischen den Jahren 1859 und 1870 eher den Charakter eines endgültigen Werkes anzunehmen und einen dauerhaften Rechtszustand zu verwirklichen.²⁾

Erst auf das besondere Betreiben von Modderman hin in den folgenden Jahren nach 1870, als das neue Strafgesetzbuch dann tatsächlich Wirklichkeit werden konnte, ging dann doch noch die im Jahre 1813 vom Gesetzgeber sich selbst auferlegte Aufgabe, ein neues Strafgesetzbuch zu schaffen und das Provisorium des Code Pénal zu beenden, in Erfüllung.

In diesem dreiviertel Jahrhundert, als in den Niederlanden der Code Pénal galt, war die Rechtsprechung und die Wissenschaft auf ihn angewiesen. Es lag demnach auf der Hand,

1) Souverein Besluit vom 11. Dezember 1813; vgl. van Deinse, De algemeene beginselen van strafrecht, S. 51 ff

2) Bronkhorst, Overmacht in het strafrecht, S. 131 ff

sich dabei an der französischen Wissenschaft und Praxis zu orientieren, zumal der Code Pénal in Frankreich nicht als Provisorium gedacht war, sondern endgültig den bestmöglichen Rechtszustand gewähren und eine auf ihm aufbauende Rechtsfortbildung garantieren sollte. Der Einfluß der französischen Rechtsanwendung in dieser Zeit war so stark, daß sich eine originäre niederländische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nicht nennenswert entwickelt hat. Hinzu kam eben noch die Vorstellung, daß die Geltung des Code Pénal ohnehin nur vorübergehend sei, so daß sich alle Anstrengungen auf die Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch innerhalb der Gesetzgebung richteten.¹⁾

Von den niederländischen Autoren dieser Zeit sind insbesondere zwei zu nennen, nämlich van D e i n s e , der eine teilweise kritische Übersicht über das niederländische Strafrecht während des letzten Jahrhunderts geschrieben hat, und S c h o o n e v e l d , der den Code Pénal mit Anmerkungen versehen und in der offiziellen Übersetzung der kaiserlichen Druckerei von 1811 herausgegeben hat.²⁾ Neben diesen niederländischen Autoren waren vor allem die französischen Kommentatoren Chauveau und Hélie sowie Ortolan und Rossi von großer Bedeutung.³⁾

Es wundert daher wenig, daß, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen werden, auch der Notstand im niederländischen Strafrecht wenig von der französischen "Contrainte-Lehre" (Art. 64 CP) abwich.

1. Die Behandlung des strafrechtlichen Notstands im französischen Recht

Seit Geltung des Code Pénal von 1810 ist der Notstand in Art. 64 CP geregelt.⁴⁾ Er wurde seit je her als ein Fall

1) vergl. van Deinse, aaO S.55

2) Bronkhorst, aaO S.133

3) Bronkhorst, aaO

4) Art.64 CP: "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l' action, ou lorsqu' il a été contraint par une force à laquelle il n' a pu résister."

des un widerstehlichen Zwangs betrachtet, und zwar sowohl von "vis absoluta" wie (später, zun. str.) auch von "vis compulsiva" betrachtet. Sowohl die Rechtsprechung wie auch die Wissenschaft wandten diesen Artikel daher nur in dem engen Rahmen der vis an. Die recht enge Auslegung des Art. 64 CP im 19. Jahrhundert schien zudem durch einen starken Gesetzespositivismus begünstigt, indem man bei einem Aufweichen des "nulla poena" - Prinzips und des Analogieverbots die Rechtssicherheit für gefährdet ansah¹⁾. Außerdem erlaubt Art. 65 CP²⁾ nur gesetzlich geregelte Strafausschließungsgründe.

a) Der Ursprung der französischen Notstandsregelung

Eine historische Übersicht über die Entwicklung der Gesetze in Frankreich ist - ganz anders als etwa in den deutschen Ländern - nicht möglich. Vor der französischen Revolution ist das Strafrecht in Frankreich nicht kodifiziert worden. Die Ordonnance von 1539 und 1670 der Könige Franz I und Ludwig XIV befaßte sich nur mit dem Prozeßrecht. Das materielle Strafrecht wurde hingegen tradiert und beruhte auf römischen, kanonischen und germanischen Quellen³⁾. Es gibt daher keine historische Notstandskodifikation.

Allerdings kannte das französische Recht früh den Begriff der "force majeure", der sowohl als "force physique" wie als "contrainte morale" auftauchte. Später wurden sie unter dem Begriff *contrainte* zusammengefaßt⁴⁾. Die Unterscheidung zwischen force physique (vis absoluta) und contrainte morale (vis compulsiva) geht auf das römische Recht zurück. Der Grund der Straflosigkeit einer

1) Bronkhorst, Übermacht S. 37

2) "Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse."

3) Koch, Der Einfluß von Zwang und Notstand ... S. 12

4) s. Bronkhorst, aaO S. 40; Koch, aaO S. 13

unter vis begangenen Tat beruhte auf der Auffassung, daß ein römischer Sklave auf Befehl seines Herrn keine Straftat begehen konnte¹⁾. In späteren Zeiten, nach Abschaffung der Sklaverei blieb auch der Diener oder Knecht, der auf Geheiß seines Herrn gehandelt hat, straffrei¹⁾. Während der Sklave deshalb ohne Strafe bleiben sollte, weil sein für die Verantwortlichkeit erforderliche Wille in dem seines Herrn aufging, sollte der spätere Diener oder Knecht im Befehlsnotstand dann in den Genuß der Strafflosigkeit gelangen, wenn er bei Gehorsamsverweigerung um sein Leben hätte fürchten müssen²⁾. Es zeigt sich hier ganz deutlich ein subjektives Verständnis für die Behandlung des Befehlsnotstands³⁾.

Diese Lehre führte T i r a q u e l l u s in seinem 1550 veröffentlichten Werk "De poenis temperandis aut etiam remittendis" entscheidend weiter, indem er sich nicht nur an den Fällen von Totschlag oder von Furcht auf Grund von Drohungen aufhielt, sondern alle Straftaten sowie Fälle jeglicher Furcht zur Sprache brachte⁴⁾. Er erreichte damit einen noch weiteren Stand als C l a r u s (s.o.), stellte sich aber auch mit seiner differenzierten Auffassung über die Strafflosigkeit des Täters gänzlich gegen

1) s. Moriaud, Justification du Délit ... S. 112

2) "Potens ... mihi mandavit quod occidam Titium, alias quod me interficeret: ero excusatus, quia aliter vitam meam servare non possum"; "... eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit", Decius, l. 169 pr. Dig. de Reg. Iur. 50, 17; siehe Moriaud, aaO S. 113

3) Es wäre allerdings verfehlt, daraus bereits allgemein eine subjektive Notstandslehre im römischen Recht abzuleiten. Vielmehr wurde der Befehlsnotstand als ein Einzelfall gelöst, aus dem dann später (Tiraquellus) allgemein eine subjektive Notstandstheorie entwickelt wurde. Auch die Begriffe "vis" und "metus" wurden nicht als bloße Einzelfälle des Notstandes erkannt.

4) Moriaud, aaO S. 113

die herrschende Auffassung¹⁾). Nur der Täter, der ein Opfer von vis absoluta wurde, sollte nach Tiraquellus straflos ausgehen, wohingegen vis compulsiva nur zu einer Strafmilderung führen konnte:

"... quae diximus intelligenda sunt in coactis conditionaliter, videlicet metu malorum malorum qui certe puniuntur mitius, puniuntur tamen, utpote peccant ... at coacti absolute, sive praecise ... qui videlicet nihil conferunt secundum proprium motum nihil certe peccant, neque²⁾ puniantur, ut qui potius pati quam agere videantur"

Unter Berufung auf Baldus stellte Tiraquellus für alle Taten, die aus Furcht (einschließlich der vis compulsiva) begangen wurden, den allgemeinen Satz auf, daß der Täter wider Willen, der aus Furcht vor Verlust seines Lebens oder seiner Habe gehandelt hat, milder bestraft werden müßte; eine Bestrafung habe jedoch zu erfolgen:

"Non solum in praecedentibus casibus, sed et alias semper, qui inviti ac, coacti delinquant, utpote vi metuve compulsi ne vitam aut bona amittant, sunt levius puniendi".³⁾

Er begründete seine Auffassung damit, daß der durch Furcht getriebene Täter eben doch noch einen Willen habe, und weil man das drohende Übel lieber ertragen als es anderen zufügen solle:

"coacta voluntas voluntas est ... debemusque potius quaelibet mala pati quam in malo consentire" ³⁾

Wenn auch in der folgenden Zeit das Notstandsproblem in Frankreich nicht so abstrakt und unabhängig von homicidium und furtum in necessitate famis behandelt worden ist, wie es Tiraquellus gelungen war, so führten seine Ausführungen später doch zu der letztlich römisch-rechtlichen Unterscheidung zwischen force physique und contrainte morale. Auch den strengen Maßstab, den Tiraquellus an die vis compulsiva gelegt hatte (coacta voluntas voluntas est), verzeichnete man noch im 19. Jahrhundert in Frankreich. Die Contrainte morale konnte nur zur Strafflosigkeit führen, wenn dem Täter überhaupt keine Willensfreiheit mehr verblieben war.

1) s. Moriaud, aaO S. 113 ff

2) zit. nach Bronkhorst, aaO S. 43; mit dem letzten Halbsatz deutete Tiraquell. im Grunde an, daß der unter vis absoluta stehende Täter eigentlich gar nicht handelt.

3) zit. nach Moriaud, aaO S. 114

Zwei Jahrhunderte später tauchten bei M u y a r t d e V o u g l a n s die Begriffe "force majeure" und "cas fortuit" auf, die er als Strafausschließungsgründe ansah: "*causes qui font cesser le crime*"¹⁾. Muyart berief sich auf römische Rechtsquellen²⁾. Er unterschied Fälle höherer Gewalt, die durch Naturereignisse wie Hagel, Überschwemmung, Dürre, Seesturm etc. und Fälle, die durch menschliches Verhalten wie Angriffe durch den Feind, mißbräuchliche Machtausübung, Feuer etc. verursacht waren³⁾. Letztere schlossen auch die Fälle ein, in denen der Täter aus Furcht (*juste crainte*) oder infolge von Gewaltanwendung (*violence*) gehandelt hat. Die *force majeure* konnte allerdings nur dann zur Straflosigkeit führen, wenn die "force" unrechtmäßig war oder gegen die guten Sitten verstieß⁴⁾, womit die Fälle von der *force majeure* ausgeschlossen wurden, in denen jemand lediglich in Ausübung seiner Pflichten gehandelt hatte. Außerdem mußte die Furcht des Täters "berechtigt" gewesen sein⁵⁾, was der Fall war, wenn sich der Täter ernsthaft gefährdet sah, und einem auch noch so standfesten Menschen ein Widerstehen der drohenden Gefahr nicht zuzumuten war, z.B. bei einer Lebensgefahr oder der Gefahr einer Zufügung erheblicher körperlicher Qualen⁶⁾.

Die Begriffe "*juste crainte*" und "*violence*" bezog Muyart von den römischen Begriffen *metus* und *vis*. P a u l u s hatte die *vis* umschrieben als einen Drang höherer Art, gegen den man sich nicht widersetzen kann: "*vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest*"⁷⁾. Diese Vorstellung von "*vis*", die das französische Recht bis vor der Revolution beherrschte, zeigte sich dann auch wieder in Art. 64 CP, der den "Notstand" als "*une force à laquelle il n'a pu résister*" bezeichnet.

1) Muyart, *Institutes*, S. 7

2) aaO, S.8; "*metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat ad hoc edictum pertinere dicimus*" (Gaius, D. IV, 2,6); "*metum accipiendum, labeo ait, non quemlibet timorem, sed maioris malignitatis*" (D. IV, 2,5)

3) Muyart, *Loix Criminelles*, S. 28 ff

4) *Loix Criminelles*, aaO

5) dies erinnert an die "billijke vrees", s.o. I, 5 b, S.115 ff

6) *Loix Criminelles*, aaO

7) *libr.I Sententiarum*, Dig. IV, 2,2

In Frankreich hatte sich somit eine rein subjektive Notstandslehre, auf dem römischen Rechte fußend, durchgesetzt, die allein darauf abstellte, wie stark die Willensfreiheit des einzelnen, in Not geratenen Täters beeinträchtigt war, um der Bedrängnis ohne Begehung einer Straftat widerstehen zu können.

Muyart führte allerdings an, daß der Täter im Falle von force majeure oder cas fortuit verurteilt werden mußte, und zwar so, als wenn er "entièrement libre et volontaire" gehandelt hätte.¹⁾ Es bestand jedoch dann die Möglichkeit einer Begnadigung. Der Verurteilte konnte sich einen Gnadenbrief ("Lettre de grâce" oder "Lettre du Prince") vom König beschaffen, den er immer erhielt, wenn force majeure oder cas fortuit nachgewiesen waren.²⁾

b) Die Lehre der "contrainte" nach 1810

Der Code Pénal vom 25. September 1791, der nach der Revolution in Kraft gesetzt wurde, enthielt keinerlei Regelungen über Fälle von contrainte oder den Notstand.³⁾ Dagegen fand die c o n t r a i n t e ihre erste und bis in die Gegenwart reichende Regelung in Art. 64 CP von 1810. Die Vorschrift (s.o. S.133 FN 4) entspricht wörtlich dem Entwurf, der vom Conseil d' Etat (Staatsrat) vorgelegt worden war.³⁾

Die Kodifizierung des Notstands zu Beginn des letzten Jahrhunderts knüpfte an die bis vor der Revolution in der Rechtswissenschaft entwickelten Lehre an. Nach dem seit 1810 geltenden Gesetz verstand sich der Notstand als eine G e w a l t (contrainte), gegen die der Täter nicht

1) Loix Criminelles, S.34

2) Loix Criminelles, S.34; vergl. Koch, aaO S.13; vergl. Déclaration du 22. novembre 1683: "Défendons aux maîtres des requêtes et gardescels des dites chancelleries (prés nos cours) de sceller aucune rémission, si ce n' est pour les homicides involontaires ou pour ceux, qui, dans une legitime défense de la vie, et quand l' impétrant aura couru risque de la perdre, sans qu' en autre cas il en puisse être expédié, à peine de nullité."

3) Koch, aaO

widerstehen konnte, ohne straffällig zu werden.

"La contrainte est une cause de justification, lorsque, suivant les termes de l' art. 64, le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n' a pu résister." 1)

Die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung im 19. Jahrhundert befaßte sich hauptsächlich mit dem Begriff der "contrainte", den sie, da das Gesetz nachstehende Differenzierung nicht vornahm, entsprechend der früheren Lehre aufspalteten in "contrainte physique (= force majeure, vis absoluta, physische Gewalt) und "contrainte morale" (= vis compulsiva, Nötigungsnotstand).²⁾ Außerdem wurde unterschieden, ob der Zwang seinen Ursprung außerhalb der Sphäre des Täters, d.h. außerhalb seiner Person hatte ("contrainte d' origine externe"), oder ob er im Täter selbst, d.h. in seiner Person lag ("contrainte d' origine interne").³⁾

Generell ohne Schwierigkeiten blieb die Behandlung der contrainte physique:

"La contrainte physique ne peut soulever des difficultés bien sérieuses. Elle consiste, suivant la définition de Puffendorf, en ce que 'malgré la résistance d' une personne, ses membres sont employés à faire ou à souffrir quelque chose.' Il est évident que l' acte commis dans cette situation passive n' est point un acte imputable, puisqu' il est involontaire. L' auteur immédiat n' est qu' un instrument matériel; le seul coupable est l' auteur de la violence." 4)

Anders verhielt es sich mit der contrainte morale, die der Wissenschaft und Rechtsprechung einige Schwierigkeiten bereitet hat.

(1) Der überwiegende Teil der französischen Lehre im 19. Jahrhundert ging davon aus, daß der im Nötigungsnotstand

1) Chauveau et Hélie, Chap.XV, De la contr. Nr.372, S.593

2) Koch, aaO S.14 ff

3) Koch, aaO S.17 ff

4) Chauveau et Hélie, aaO S.593, 594

Handelnde straflos bleiben oder mit verminderter Strafe versehen werden sollte.¹⁾ Bei bloßer Furcht allerdings, sei es vor auch noch so schlimmen Gefahren, gingen die Gelehrten in Anlehnung an Tiraquellus davon aus, daß sie die Willensfreiheit letztlich niemals aufhebe (*coacta voluntas voluntas est*) und das Unrechtmäßige der Handlung bestehen lasse.

Chauveau und Hélie betonten, daß der Genötigte keinen bösen Willen sondern Schwäche und Kleinmut an den Tag lege; die Bestrafung treffe dann aber nicht den Willen sondern die Schwachheit: "Ce n' est donc pas sa volonté que l' on punitrait, c' est sa faiblesse et sa pusillanimité; ce n' est pas le crime, c' est l' instrument qui a servi à le commettre"²⁾. Sicherlich habe niemand das Recht, andere zu bedrohen und zur Begehung von Straftaten zu veranlassen. Zu fragen bleibe aber, ob das Gesetz von jedermann verlangen könne, die Standhaftigkeit aufzubringen, gegen die Drohung anzugehen. Man könne von dem Menschen, dessen Willen durch den Schrecken derart festgekettet ist, daß er keinen Ausweg aus der Gefahr sieht, kein Heldentum verlangen³⁾. Sie betrachten die Tat nicht als gerechtfertigt, billigen dem Täter aber eine Entschuldigung oder Strafmilderung zu:

"L' homme, qui a consenti à commettre un homicide pour sauver sa fortune doit rester responsable aux yeux de la loi. Sa faute peut être excusée, sa peine atténuée, mais il n' est pas justifié." 4)

Im gleichen Sinne argumentierte auch Ortolan⁵⁾. Anders als bei der contrainte physique sei bei der contrainte morale der Wille des Täters nicht völlig ausgeschaltet. Er habe immerhin noch die Wahl, sich dem Übel auszusetzen oder die Tat zu begehen. Mit den Stoikern könne man sagen: *coacta voluntas voluntas est*.

"... En examinant la situation, on verra que la liberté n' est pas ici entièrement opprimée, comme dans le cas

1) s. Koch, aaO S. 15 ff; Bronkhorst, aaO S. 46 ff

2) Chauveau et Hélie, aaO Nr. 373, S. 595

3) Chauveau et Hélie, aaO Nr. 374, S. 597

4) aaO

5) Ortolan, *Éléments de droit pénal*, Nr. 357, S. 150, 151

de contrainte physique; elle peut encore s' exercer dans le choix limité qui nous est laissé: ou le mal à souffrir, ou l' acte à faire, et c' est dans ce sens, si nous nous déterminons pour cet acte, qu' on pourra dire avec les stoïciens: 'Voluntas coacta voluntas est'..¹⁾

Ortolan nannte die Entschließung, lieber den Tod zu erleiden als eine schlechte Tat zu begehen "Seelengröße", und erkannte ihr die Eigenschaft von Tugend zu:

"Nous l' appellerions force grandeur d' âme; nous la décorerions du nom véritable de vertu (virtus); nous admirerions celui qui en aurait été capable, et nous, l' en récompenserions au moins dans sa mémoire ..."²⁾

(2) Während gegen Ende des letzten Jahrhunderts M o r i a u d in seiner bedeutenden Dissertation bestritt, daß solche Umstände, welche den Täter angeblich in seiner Willensbildungsfreiheit beeinträchtigten, Zwang im Sinne von Art. 64 CP seien, sich damit gegen die damalige herrschende Lehre stellte, und er mit dem Begriff "état de nécessité"³⁾, der dem deutschen Notstand (im Gegensatz zum Nötigungsnotstand) entsprach, erstmalig ein o b j e k t i v e s Verständnis für den Notstand in Frankreich einführte, behauptete sich in bewährter Tradition in Frankreich durch das ganze 19. Jahrhundert hindurch die s u b j e k t i v e Notstandslehre, die nicht von einer Güter- oder Interessenabwägung sondern nur von dem psychischen Konflikt des Täters ausging. Die einzige Frage, die nach dieser Lehre bestehen blieb, war demnach die, ob der Täter durch die Umstände derart in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt war, daß von ihm nicht ein solch hoher Edelmut verlangt werden konnte, sich ohne Straffälligkeit dem Übel auszusetzen⁴⁾. Einigkeit bestand darin, daß jedenfalls Lebensgefahr sowie die Gefahr erheblicher körperlicher Qualen den Täter entschuldigen konnte, eine Bestrafung demnach zu unterbleiben hatte. Dagegen war streitig, ob und wie weit auch eine Gefähr-

1) Ortolan, aaO Liv. I, Part. II, Nr. 357, S. 150

2) aaO

3) Moriaud, aaO S. 49 ff

4) s. Koch, aaO S. 15 ff mit weiteren Nachweisen; Bronkhorst, aaO S. 47

derung des V e r m ö g e n s den Täter entschuldigen konnte, wenn er zu dessen Rettung eine strafbare Handlung beging.¹⁾

Nach O r t o l a n war auch das Vermögen notstandsfähig. Dabei mußten allerdings das dem Täter drohende Übel sowie die von ihm abgenötigte Straftat gegeneinander abgewogen (!) werden.²⁾ Nach ihm konnte der Täter z.B. frei von jeder strafrechtlichen Verantwortung ausgehen, wenn das von ihm begangene Delikt kein schwerwiegendes war und er auf der anderen Seite einen erheblichen Verlust seines Eigentums verhindern konnte.²⁾ Hier geriet Ortolan mehr oder weniger unbemerkt in das "objektive Fahrwasser", wenn er das Eingriffsobjekt mit dem Schutzobjekt abwog. Tatsächlich trifft ja auch der Verlust von Eigentum nicht in gleicher Weise die Psyche des Täters wie etwa der seines Lebens. Ortolan, der sich jedoch ganz der subjektiven Notstandslehre verschrieben hatte, nahm die Abwägung nur vor, um darauf hinzuweisen, daß die Willensfreiheit des Täters in diesem Falle nicht so groß sein mußte, als daß Grund zu einer Bestrafung bestanden hätte.²⁾

C h a u v e a u und H é l i e erkannten dem Vermögen keine Notstandsfähigkeit zu. Konsequenter in ihrer subjektiven Notstandsauffassung als Ortolan befürworteten sie nur für den Fall, daß der Täter in Leib oder Leben bedroht war, völlige Straflosigkeit. Nach ihnen entsprach dies dem Sinn des Art. 64 CP, weil die Furcht vor Vermögensverlust nicht unwiderstehlich sei. Es entstünde ansonsten auch eine Schutzbehauptung, auf die sich die meisten Täter zu ihrer Entschuldigung beriefen, ohne daß man dagegen vorgehen könnte. Sie bejahten allenfalls eine Strafmilderung, wobei sie sich auf Tiraquellus bezo-

1) vergl. Bronkhorst, Overmacht ..., S.47

2) Ortolan, Eléments, Nr.357, S.151

gen.¹⁾

Den Diebstahl aus reiner Hungersnot in einem modernen, aufgeklärten Staat wie Frankreich hielten Chauveau und Hélie für praktisch ausgeschlossen. Ortolan nahm hingegen im Falle äußerster Hungersnot, in welcher der Täter praktisch keine andere Alternative als den Diebstahl hat, Straflosigkeit an: "... parce qu' ici vous tombez dans l' alternative étroite où la liberté est véritablement opprimée."²⁾

(3) Die subjektive Notstandslehre nahm außerdem eine weitere Einschränkung vor, auf die bereits hingewiesen worden ist.³⁾ Sie unterschied, ob die Ursachen, die den Täter in Bedrängnis brachten, von anderen Personen oder durch irgendwelche Umstände (z.B. Naturgewalt) ausgingen.⁴⁾ Chauveau und Hélie nahmen Art. 64 CP nur bei "vis a persona" an, während Ortolan ihn auch für Fälle von "vis a rebus" bejahte.³⁾

(4) Die contrainte wurde ferner, wie eingangs erwähnt, je nachdem, wo der Zwang seinen Ursprung hatte, unterschieden in "contrainte d' origine e x t e r n e " und "contrainte d' origine i n t e r n e ".

aa) Die contrainte d' origine externe

Soweit die Umstände, die den Täter bedrängten, von außen

1) "... Mais il serait aussi immoral que dangereux de proclamer dans ce cas la justification complète de l' agent, car se serait reconnaître, que les règles de la justice morale ont leurs limites et leurs exceptions; se serait avouer une excuse que tous les coupables invoqueraient, sans qu' il fût le plus souvent possible de la contester ... Mais cette circonstance rentre dans l' apprétiation du fait, et ne doit pas former à l' avance l' objet d' une excuse legale; telle était aussi l' opinion de Tiraqueau: 'Si quis necessitate compulsus, eâ tamen non extremâ, quisquam furatus fuerit, non omnino excusatur, mitius puniendus sit' ...", Chauveau et Hélie, Chap.XV, Nr.376, S.600; Tiraquell., aaO caus. XXXIII

2) Ortolan, aaO Nr.364, S.153

3) s.o. I,5 a, S.113 ff

4) Um der Klarheit Willen drücke ich i.F. diese Unterscheidung mit den Termini "vis a persona" und "vis a rebus" aus.

an ihn herantraten, wurde jedenfalls dann contrainte angenommen, wenn es sich um contrainte physique handelte.¹⁾ Bei contrainte morale hingegen war man zum Teil der Ansicht, daß der Zwang nur von anderen Personen (vis a persona), nicht von Sachen (vis a rebus) ausgehen konnte.²⁾

bb) Die contrainte d' origine interne

Zunächst war auch hier zu unterscheiden, ob es sich um eine contrainte physique handelte. Hier wurde in der Regel Art. 64 CP angenommen. Als Beispiel seien hier Schlaf oder Krankheit genannt, deren Ursachen im Menschen selber liegen, und die ihn dann physisch "überrumpeln".³⁾

In einem konkreten Fall waren Reisende während einer Eisenbahnfahrt eingeschlafen und hatten es deshalb versäumt, an der Station, an der sie aussteigen wollten, auszusteigen. Wegen der nichtbezahlten Weiterfahrt - in diesem Falle ein Unterlassungsdelikt⁴⁾ - wurden sie nicht bestraft.⁵⁾

Insgesamt war die Rechtsprechung zu dieser Frage allerdings uneinheitlich.⁶⁾ Die Literatur nahm aber uneingeschränkt an, daß Art. 64 CP für die contrainte physique d' origine interne Anwendung findet.⁷⁾

Neben der contrainte physique war die contrainte morale d' origine interne zu unterscheiden, wenn also innere Gemütsbewegungen den Täter zu einem strafbaren Handeln hinrissen. Das Schrifttum lehnte bei solchen Taten das Vorliegen von contrainte ab, weil sonst die schlimmsten Straftaten aus irgendwelchen Leidenschaften

1) vergl. Koch, aaO S.17

2) s.o. I,5 a; näheres zur Gliederung Bouzat, Nr.263, S. 256 f; Garçon, CP Art.64 Nr.88, 96, 107

3) Bouzat, Nr.266, S.259; Donnedieu de Vabres, Nr.372, S. 214 FN 2; Merle-Vitu, Nr.467, S.461

4) Loi 15.7.1845 Art.21; Ord.45-918 v.5.5.1945, J.O.1945,2568

5) Toulouse, Urt.v.5.12.1893, S.1894.II.57; ferner Crim. 19.10.1922, S.1923.I.187

6) Donnedieu de Vabres, Nr.372, S.214

7) Bouzat, Nr.266, S.259; Donnedieu de Vabres, aaO; Roux, S.176; Stéfani-Levasseur, Nr.258, S.250

heraus begangen werden könnten.¹⁾ Nur bei krankhaften Leidenschaften (mania) wurde zum Teil "contrainte" angenommen, wenn nicht ohnehin von "démence" auszugehen war.²⁾ Ebenso wie das Schrifttum lehnte auch die Rechtsprechung die Anwendung von Art. 64 CP auf "contrainte morale d'origine interne" ab.³⁾ Dies wirkte sich insbesondere auf die "Gewissenstäter" ungünstig aus; die Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen z.B. war bis in unser Jahrhundert hinein nicht möglich.⁴⁾

Zitiert sei hier der bereits erwähnte Fall⁵⁾ der Ehefrau eines Sanitätsoffiziers, dem eine frühzeitige Pensionierung drohte, die dessen Vorgesetzte und Minister heftig und beleidigend beschimpft hatte.⁶⁾ Ihre Berufung auf "contrainte", weil sie angeblich einem inneren unwiderstehlichen Zwang gefolgt war, blieb erfolglos.

Angefügt sei hier noch der Hinweis von Koch, daß die alten Geschworenengerichte implicite in Fällen von "contrainte morale" sehr oft die Angeklagten freigesprochen haben. "Die Geschworenen hätten bei Straftaten aus Leidenschaft in den meisten Fällen die Frage nach der Schuld des Täters verneint."⁷⁾

(5) Durch diese starke Untergliederung wurde die contrainte morale in ihrem Anwendungsbereich sehr eingeschränkt. Diese restriktive Auslegung sollte für das ganze letzte Jahrhundert und die erste Hälfte unseres Jahrhunderts in Frankreich kennzeichnend sein. Zentrale Frage ist stets gewesen, ob der Betroffene dem physischen oder psychischen (moralischen) Druck widerstehen k o n n t e . Bei psychischem (moralischem) Zwang war a l l e i n auf seinen

1) Chauveau et Hélie, Nr.376, S.599; Donnedieu ..., Nr.378, S.217; Bouzat, Nr.269, S.260; Garraud, Traité, Nr.355, S.690; Merle, S.260 f; Merle-Vitu, Nr.472, S.466; Stéfani-Levasseur, Nr.301, S.253; Vidal-Magnol, Nr.181, S.339; s.o. I, 5 b, S.115 ff

2) s.o. I, 5 b, S.115 ff

3) wie FN 2; vergl. Koch, aaO S.21 ff

4) Tribunal militaire de Cassation de Metz, Urt.v.14.11.1957, JCP 1958.II.10389

5) Crim. 11.4.1908, S.1909.I.473 mit Anm.von Roux; s. FN 2

6) wie FN 2

7) Koch, aaO S.23 m.w.N.

psychischen Konflikt abzustellen.

Die Unschlüssigkeit dieser subjektiven Lehre, die in Deutschland auch Feuerbach mit seiner Lehre vom psychologischen Zwang¹⁾ entgegenzuhalten ist, besteht darin, daß schließlich j e d e Straftat auf Grund irgendeines inneren unwiderstehlichen Dranges erfolgt. Das Strafrecht müßte dann zuletzt zu seiner eigenen Auflösung führen, wenn der aus der Psyche des Täters rührende Tatdrang stets zu seiner Entschuldigung führte.²⁾ Diese Lehre läßt die Grenze vermissen, wo der psychische Zwang die Zurechnung ausschließt und wo nicht. Die starre "contrainte-Lehre" mußte daher irgendwann scheitern; Moriaud und der Fall "Ménard", auf den noch zurückzukommen sein wird (s.u.c (5)), lieferten den Beweis dieser "vaticinia ex eventu".

c) Der "état de nécessité" im 19. Jahrhundert

(1) Der Lehre über die "contrainte" war der Zugang zu einer objektiven Notstandstheorie naturgemäß versperrt. Die Frage, ob der Täter nicht anders handeln konnte, weil er einem unwiderstehlichen psychischen Drang ausgesetzt war, ist eine andere als die, ob der Täter ein wesentlich wertvolles Rechtsgut auf Kosten eines minderwertigen schützen durfte. Beim Diebstahl aus Hungersnot wurde zwar gelegentlich eine Abwägung getroffen (Ortolan, s.o. b (2)), diese diente jedoch nicht einer eigentlichen Interessenprüfung sondern nur als eine Krücke, um jener contrainte die Unwiderstehlichkeit zu attestieren. Konsequenter waren da noch Chauveau und Hélie, die den Diebstahl aus Hungersnot überhaupt nicht für straflos befanden.

(2) Während in Deutschland die Notstandsdiskussion im 19. Jahrhundert schon recht weit gediehen war, schien sie in Frankreich eine ganze Zeit lang überhaupt nicht zu

1) s.o. Teil 1 VI,3 S.44 ff (47); Feuerbach, Lehrbuch §85

2) Bockelmann, Hegels Notstandslehre, S.18; Bronkhorst, Overmacht, S.51; Janka, Der strafrechtliche Notstand, S.96; Otto, Pflichtenkollision, S.63; Rabe, Die Entwicklung ..., S.28

existieren. Zwar wurde in Preußen der Art. 64 CP in § 40 pr.StGB von 1851 nachgebildet¹⁾, doch war man in den anderen deutschen Ländern, vornehmlich in Bayern bei der Kodifizierung des Notstandes längst aus dem Bereich der "vis" gelangt,²⁾ wenn allerdings auch immer wieder die "freie Willensbestimmung" in die Texte miteinflöß. Die §§ 52 und 54 StGB NDB und RStGB lieferten schließlich den Beweis, daß man bereits Ende letzten Jahrhunderts den Notstand in Deutschland nicht nur als einen Fall der "vis" betrachtete, zumal sonst das überflüssige "Anhängsel" des Nötigungsnotstandes in §52 RStGB völlig unerklärlich gewesen wäre.³⁾

(3) Elf Jahre später, nachdem in Österreich Janka und in Deutschland Stammler ihre bedeutenden Abhandlungen über den strafrechtlichen Notstand veröffentlicht hatten, erschien in Genf und Paris von dem schweizer Gelehrten Paul M o r i a u d im Jahre 1889 seine bereits erwähnte Dissertation "De la justification du délit par l' état de nécessité". Diese in französischer Sprache gehaltene Arbeit sollte für die spätere Zeit in der Schweiz nicht weniger als in Frankreich von großer Wichtigkeit werden. Moriaud prägte den Begriff "état de nécessité", der dann in Frankreich bis heute gebräuchlich geworden ist. Der Begriff drückt das aus, was im Deutschen mit "Notstand" gemeint ist. Mit dieser neuen Begriffsbestimmung, die Moriaud ja bereits im Titel seiner Arbeit verwendete, war von vorneherein klargestellt, daß es ihm nicht alleine um die Behandlung der "contrainte" sondern um eine umfassende, auf ihr Grundprinzip zurückgehende Notstandsbestimmung ankam. Moriaud befaßte sich intensiv mit den deutschen und französischen Autoren der früheren, insbesondere aber auch seiner Zeit und machte somit der französisch-sprachigen Wissenschaft besonders die deutsche Auseinandersetzung über den Notstand zugänglich. Indem er den Notstand aus der reinen contrainte-Lehre

1) s.o. Teil 2 II, 3 S.61 ff

2) Art.85 E 1822 (Bayern); Art.67 bay.StGB 1861;
s.o. Teil 2 II, S.58 ff

3) vergl. von Bar, Gesetz u.Schuld III, S.241; Berner, Grunds.d. pr.StGB, S.61; Weis, StGB Bay., S.194

herausführte, unternahm er in Frankreich den ersten Schritt, den einseitig festgefahrenen "Notstandskarren" aus seinem eigenen Notstand herauszuhelfen.

Moriaud selber bekannte sich zu der objektiven Notstandstheorie, und zwar in Form der Hegel'schen Kollisionstheorie.¹⁾ Am Ende seiner Arbeit definierte er den Notstand als eine Gegebenheit, in der die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes zur Rettung eines anderen Gutes notwendig sei:

"C' est d' un état de choses tel que la lésion ou la compromission d' un bien est nécessaire au salut d' un autre bien." 2)

Die Hauptstützen seiner Arbeit waren Janka und Stämmler, und so wundert es auch nicht, wenn Moriaud zu dem Ergebnis gelangte, daß bei einer Güterkollision die Rechtsgüter qualitativ wie quantitativ unterschiedlich oder g l e i c h sein, und sie einzelnen oder mehreren Personen oder der Allgemeinheit zustehen konnten.²⁾ Hier tritt eine deutliche Parallele mit der bereits zitierten Definition Stämmlers auf.³⁾

Die Richtigkeit dieser Ansicht stützte Moriaud auf eine "volonté générale", nach der für ein "vernünftiges Zusammenleben"⁴⁾ eine Rangordnung der Rechtsgüter vorgenommen werden muß, wonach, wenn es keine andere Möglichkeit gab, das geringere vor dem schwereren Übel in Kauf zu nehmen und die Begehung einer Straftat zur Rettung eines Rechtsgutes dann erlaubt gewesen sei.²⁾

Wie Stämmler gelangte auch Moriaud zu der Auffassung, daß bei einer Kollision verschiedenrangiger Rechtsgüter das höherwertige auf Kosten des geringerwertigen geschützt werden darf.⁵⁾ Nach der Tatbegehung sollten jedoch erst alle Umstände gewürdigt werden, um zu einer Billigung der Tat gelangen zu können.⁵⁾ Dem Gesetzgeber sei es demnach

1) Moriaud, aaO S.207 ff; s.o. Teil 1 VI,4 S.49 ff

2) Moriaud, aaO S.251

3) Stämmler, Darstellung ..., S.74; Haelschner, Das pr. Strafrecht 2.Teil, S.171; s.o. Teil 1 VI,4 b S.53

4) Stämmler, aaO S.75

5) Moriaud, aaO S.276 f

auch untersagt gewesen, eine entsprechende Notstandsbestimmung im Code Pénal aufzunehmen, da die Definition sonst zu weit und zu unbestimmt ausfiele. Auch Stammler hielt nicht an der rein abstrakten Güterwertforderung fest, sondern stellte auf den konkreten Wert der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter ab.¹⁾ War eine Güterabwägung möglich, so sah Moriaud in der Notstandstat einen Rechtfertigungsgrund mit der Folge, daß jeder Dritte dem Notstandstäter Hilfe leisten konnte, Notwehr gegen den Angriff des Notstandstäters hingegen unzulässig war.²⁾

In einem nicht unwesentlichen Punkte unterscheiden sich jedoch die Standpunkte Stammlers und Moriauds. Stammler ging in seiner Arbeit davon aus, daß auch dann ein *N o t r e c h t* bestehe, wenn zwei von der Rechtsordnung *g l e i c h w e r t i g* eingestufte Rechtsgüter (insbes. Leben gegen Leben) miteinander in Kollision gerieten.³⁾ Er begründete seine Ansicht damit, daß dann das Recht dem *S t ä r k e r e n* zustehe. Er betrachtete die Situation gewissermaßen *ex post facto*: es könne nicht *ex ante* gesagt werden, welchem der gleichwertigen Güter der Vorzug zu geben sei. Doch wenn sich der Konflikt dann *t a t s ä c h l i c h* entschieden habe, so müsse *ex post* "eben gerade nach dem thatsächlichen Resultate des Kampfes, nach der Stärke der für das Recht theoretisch gleichwerthigen Rechtsgüter gemessen werden, wessen Erhaltung

1) Stammler, aaO S.77

2) Moriaud, aaO S.277, 271

3) Stammler, aaO S.76 ff; s.o. Teil 1 VI,4 S.53

im vorliegende Falle dem Rechte am werthvollsten w a r¹⁾, wessen Erhaltung die Rechtsordnung also billigen" mußte. "Das in einem Nothstandsconflict zweier gleichwerthiger Rechtsgüter Besiegte ist mit rechtlicher Billigung unterlegen ..."²⁾.

Zu einer ganz anderen Auffassung gelangte Moriaud. Er kam zwar ebenfalls zu dem Ergebnis, daß eine Bestrafung im Falle einer Kollision gleichwerthiger Rechtsgüter grundsätzlich nicht erfolgen durfte, doch entwickelte er eine eigene, teilweise an die Kant'sche Theorie, daß hier das Recht technisch v e r s a g e (Entfallen der Strafpraevention)³⁾, teilweise an die Fichte'sche 'Exemptionstheorie', die diesen Fall gänzlich a u ß e r h a l b des Rechts stellte,⁴⁾ erinnernde "Neutralitätstheorie": Wenn zwei gleichwertige Rechtsgüter kollidierten, so konnte zwar ein R e c h t , das andere Rechtsgut zu verletzen, n i c h t anerkannt, gleichzeitig aber auch nicht verlangt werden, daß jemand sein eigenes Recht deshalb aufopfere. Die Rechtsordnung konnte nach Moriaud die Rechtsgutsverletzung weder billigen noch tadeln, sie verhalte sich gewissermaßen n e u t r a l :

"Et si les biens en présence sont égaux? La loi peut - elle autorise un individu à sauver sa vie aux dépens de la vie d' un innocent? Lui en donner le droit, certes non; mais exiger qu' il sacrifie son existence à celle d' autrui, non plus. Elle ne peut ni l' approuver, ni le désapprouver ..." 5)

Mit Rücksicht auf die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz durfte nach Moriaud nicht ein Mensch auf Kosten des anderen geschützt werden⁶⁾.

Hier entstand zwar, da eine Bestrafung nicht erfolgte, eine "gesetzliche Sanktion des Faustrechts"⁷⁾, die jedoch

1) Hervorhebung durch mich

2) Stammler, aaO S. 76, 77

3) s.o. Teil 1 VI, 1, S.37 ff

4) s.o. Teil 1 VI, 2, S.40 ff

5) Moriaud, aaO S. 261, 262

6) Moriaud, aaO S. 264

7) Moriaud bezog sich hier auf von Buri, GS 1878, 437, u.a. S. 264 FN 1

als ein notwendiges Übel hinzunehmen sei¹⁾. Moriaud verlangte die Opferung des eigenen Rechtsgutes schon deshalb nicht, weil das Eintreten der Notstandslage zumeist der Gesellschaft zuzuschreiben sei, die ihre Aufgabe, den Schwächeren zu schützen, nicht erfüllt habe²⁾. Die Anerkennung eines Not r e c h t s würde dazu führen, daß von vorne herein jeweils ein Rechtsgut zu seiner Erhaltung privilegiert wäre; oder dem aus dem Konflikt hervorgehenden "Sieger" müßte das Recht zuerkannt werden³⁾. Beides war für Moriaud unhaltbar⁴⁾.

V o r a u s s e t z u n g e n der Notstandslage waren für Moriaud

- (1) die Rechtswidrigkeit des abzuwendenden Übels,
- (2) die Unvermeidbarkeit einer strafbaren Handlung zur Beseitigung des Übels und
- (3) die Höherrangigkeit (allenfalls Gleichrangigkeit) des zu schützenden Rechtsguts⁵⁾.

Kritisch setzte sich Moriaud mit den subjektiven Notstandstheorien und der Exemptionstheorie auseinander. Zunächst befaßte er sich mit der Entwicklung der subjektiven Lehre, beginnend mit Tiraquellus, dem Italiäner Farinacius, über den Niederländer Matthäus bis schließlich zu Feuerbach⁶⁾. Gegen diese Lehre wandt er ein, daß sie sich letztlich ad absurdum führte, da jeder Täter durch seine Tat bewiesen habe, daß die Strafdrohung ihn von der Tatausführung nicht abhalten konnte und er mithin stets ohne seinen Willen zu der Tat getrieben sein müßte. Nach Feuerbach's Lehre müßte konsequenterweise jeder Täter straflos bleiben⁷⁾.

1) vergl. auch Janka, Der strafrechtliche Notstand, S. 205
2) Moriaud, aaO S. 265; ob es tatsächlich am Verhalten der Gesellschaft liegt, daß sich zwei Schiffbrüchige auf der Planke zu retten versuchen, die nur einen trägt, mag wohl sehr zweifelhaft sein.
3) so Stammler, aaO S. 76, 77
4) Moriaud, aaO S. 271
5) aaO, S. 303, 305, 306, 308
6) aaO, S. 149, 150
7) aaO, S. 154 f; 172; s.o. b (5) S.146 FN 1

Der Lehre des Niederländers Grotius, nach welcher im Notstand das Naturrecht wiederaufleben soll¹⁾, und des Italiäners Filangieri, der - ähnlich wie Pufendorf und Thomasius²⁾ - auf den Selbsterhaltungstrieb und die menschliche Schwäche abstellte, hielt Moriaud entgegen, daß der Gesetzgeber den Selbsterhaltungstrieb wie überhaupt die menschliche Schwäche keineswegs in der Kodifizierung berücksichtigen dürfe, da sonst die Pflicht zum Bestehen einer Not, die z.B. von Soldaten im Kriege oder von Matrosen während einer Seekatastrophe erwartet wird, nicht zu erklären wäre³⁾.

Gegen die Rechtlosigkeitstheorie, wie sie von Fichte, aber auch von Pufendorf und Thomasius vertreten wurde, wandte Moriaud schließlich ein, daß das Recht seine Existenz nicht deshalb beenden dürfe, weil zwei Rechtsgüter nebeneinander nicht bestehen können. Vielmehr müsse auch hier das Recht eine Antwort geben, zumal auch sonst wiederum die Pflicht zum Bestehen bestimmter Notstandslagen (Soldat) unerklärlich wäre⁴⁾. Mit seiner eigenen Neutralitätstheorie (s.o. S.150) hat sich Moriaud allerdings selbst aus dem Recht manövriert, den ein Urteil: weder billig noch unbillig entzieht sich ja gerade dem Recht!

(4) Die Arbeit Moriaud's blieb in Frankreich zunächst ziemlich ohne Gehör. Garraud übernahm zwar in seinem "Traité théorique et pratique du droit pénal français", das in 2. Auflage im Jahre 1898 erschien, den von Moriaud geprägten Begriff des "état de nécessité", doch unterließ er die notwendige Bestimmung, die Moriaud in seiner 318 Seiten umfassenden Arbeit so ausführlich vorgenommen hatte. Allerdings nahm er eine Unterscheidung zwischen dem Not-

1) s.o. Teil 1 V, 1, S.28 ff

2) s.o. Teil 1 V, 3 und 4, S.30 ff, 33

3) Moriaud, aaO S. 186 ff

4) Moriaud, aaO S. 194 ff

stand und der üblichen "contrainte" vor¹⁾. Aber trotz der Erwähnung des "état de nécessité" kam er doch nicht wesentlich über den Stand von Chauveau und Hélie oder Ortolan. Garraud nahm zwar zu Moriaud's Notstandslehre Stellung, lehnte sie aber ab, weil er ein N o t r e c h t im Sinne der deutschen Kollisionstheorie²⁾ n i c h t anerkennen wollte. Das Notstandsproblem über eine Güterabwägung entsprechend Moriaud's Vorschlag zu lösen, hielt er für einen ungangbaren Weg. Wer sein Leben retten wolle, dürfe durch das Gesetz nicht ermächtigt sein, das Leben anderer zu gefährden, wenn der andere an seiner Lebensgefahr unschuldig sei. Jedes System, das eine strafbare Handlung im Notstand für rechtmäßig erkläre, sei unakzeptabel³⁾.

-
- 1) "Deux situation sont, en effet, possibles. Ou bien l' agent accomplit l' acte délictueux sous l' empire de circonstances qui présentent sur sa volonté (c' est l' état de nécessité); ou bien il l' accomplit sous l' empire de menaces (c' est la contrainte morale proprement dite). Dans un cas comme dans l' autre, l' agent est dominé par une force supérieure ...", Garraud, Traité, S. 526
 - 2) s.o. Teil 1 VI, 4, S.49 ff
 - 3) "... Mais cette thèse (i.e. Notstand) qui conduit l' auteur (Moriaud) à considérer comme licite ce qu' il appelle le 'délit nécessaire', nous paraît bien fragile. Pour sauver sa vie, la loi ne peut autoriser à compromettre la vie d' autrui, quand autrui est innocent du danger que vous courez. Tout système qui conduit à proclamer légitime l' acte délictueux accompli en état de nécessité est inacceptable.", Garraud, Traité, S. 527, FN 10

(5) Der Fall "Ménard"

Im gleichen Jahr, in dem Garraud seinen "Traité" in zweiter Auflage erschienen ließ, erweckte ein Fall die Aufmerksamkeit der gesamten französischen Öffentlichkeit. Es handelte sich um die Sache "Ménard", über die in erster Instanz das Tribunal Correctionnel de Château-Thierry zu entscheiden hatte. Der Fall ließ an Zeiten der Carolina erinnern.¹⁾ Er sollte insbesondere die Prognose von Chauveau und Hélie, daß in einem modernen Wohlfahrtsstaat eine zum Diebstahl führende Hungersnot nicht denkbar sei, widerlegen.²⁾

Die junge Frau Ménard war angeklagt, aus einem Bäckerladen ein Stück Brot gestohlen zu haben. Die Angeklagte lebte damals in sehr ärmlichen Verhältnissen. Sie wohnte zusammen mit ihrer Mutter und ihrem zweijährigen Kind und erhielt einmal pro Woche von der Armenbehörde für sich und ihre Familie drei Kilogramm Brot und zwei Kilogramm Fleisch. Als sie eines Tages überhaupt kein Geld mehr besaß und sie bereits drei Tage lang nichts mehr gegessen hatte, trieb sie der Hunger in einen Bäckerladen, wo sie ein Brot stahl, um den schlimmen Hunger zu stillen. Das Gericht sprach die Angeklagte frei.³⁾

Zunächst drückte das Gericht in seiner Begründung sein Bedauern aus, daß es in einer wohlorganisierten Gesellschaft überhaupt möglich sei, daß sich eine Mutter nur durch Diebstahl ausreichend ernähren könne. Es sah sich daher gezwungen, die starren Vorschriften im Sinne der Menschlichkeit auszulegen.⁴⁾ Die Strafflosigkeit dieses in Hungersnot begangenen Diebstahls begründete das Gericht mit der bekannten Argumentation der subjektiven Lehre, daß die Hungersnot die Angeklagte in ihrer Willensfreiheit und in ihrem Unterscheidungsvermögen von Gut und Böse derart eingeschränkt habe, daß die Entwendung des

1) s.o. Teil 1 IV, S.15 ff

2) Chauveau et Hélie, Chap.XV, Nr.376, S.600; s.o. b(2)

3) Urt.v. 4.3.1898, S.1899.II.1

4) "... qu' il est regettable que, dans une société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute; que lorsqu' une pareille situation se présente, et qu' elle est, comme pour la fille Ménard, très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ...", aaO

Brot es keineswegs mehr als aus ihrer freien Willensentscheidung heraus angesehen werden konnte.¹⁾

Nachdem die Staatsanwaltschaft gegen dieses Urteil Berufung eingelegt hatte, bestätigte die Cour d' Amiens das vorinstanzliche Urteil und erhielt den Freispruch aufrecht.²⁾ In seiner Begründung wich das Berufungsgericht jedoch ab und hielt für die Straflosigkeit des von der Angeklagten begangenen Diebstahls für ausschlaggebend, daß auf Grund der besonderen Umstände es zweifelhaft gewesen sei, ob sie überhaupt einen auf Diebstahl gerichteten **V o r s a t z** gehabt habe.³⁾

Die Entscheidungen hatten in der Öffentlichkeit großes Aufsehen erregt und fanden teils Zustimmung, teils Ablehnung. Begrüßt wurde sie von Kreisen, die darin eine Loslösung von einer allzu formalisierten Rechtsprechung sahen, wäh-

1) "... Attendu que la misère et la faim sont susceptibles d' enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre, d' amoindrir en lui, dans une certaine mesure, la notion du bien et du mal; qu' un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux. lorsque celui qui le commet n' agit que par l' impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en oeuvre notre constitution physique; que l' intention frauduleuse est encore bien plus atténuée, lorsqu' aux tortures aiguës de la faim vient se joindre, comme dans l' espèce, le désir, si naturel chez une mère, de le éviter au jeune enfant dont elle a la charge ...", aa0

2) Urt.v. 22.4.1898, S.1899.II.329

3) "... Considérant que les circonstances exceptionnelles de la cause ne permettent pas d' affirmer que l' intention frauduleuse ait existé au moment où la fille Ménard a commis l' acte qui lui est reproché, que le doute doit profiter à la prévenu ...", aa0

rend andere kritisierten, daß das Eigentumsrecht, ein "droit inviolable et sacre"¹⁾ hier unzulässig verletzt worden sei. Die Gesellschaft drohe in ihren primitivsten Naturzustand zurückzuverfallen²⁾.

Der Erstrichter - Magnaud - wurde rasch mit Namen bekannt und als "le bon juge" gepriesen. Magnaud begnügte sich nicht mit seiner Entscheidung, sondern reichte im Parlament eine Petition ein, nach der er Art. 64 CP folgendermaßen ergänzt haben wollte:

"... oder auch durch unvermeidliche Not für Leib oder Leben seiner selbst oder derjenigen, für die er nach Gesetz und auf Grund der Blutsverwandschaft zu sorgen hat" 3)

Der Abgeordnete Millerand reichte dann einen entsprechenden Gesetzesentwurf im Parlament ein. Nach den Beratungen im Ausschuß am 12. März 1900 wurde darauf folgender Satz beschlossen, der dem Art. 64 CP zuzufügen gewesen wäre:

"Wenn jemand in äußerster Not dazu veranlaßt wurde, Gegenstände des notwendigsten Bedarfs sich (rechtswidrig) anzueignen, dann kann dies von den Gerichten als strafrechtlicher Verantwortungssausschluß gewürdigt werden" 4)

Dieser Text wurde allerdings nie zum Gesetz, wie schließlich auch den späteren Entwürfen und Änderungsvorschlägen der Erfolg versagt blieb.⁵⁾ Es läßt auch nicht verwundern, daß der Entwurf vom 12. März 1900 scheiterte, da er viel zu eng formuliert war und nur für den Diebstahl in Hungersnot Anwendung finden konnte.

1) Art.17 Déclaration des droits de l' homme et du citoyen von 1789

2) s. Roux, Sir.1899.II.1 = Anm. zum Urt.der Cour d'Amiens; Sermet, S.3 f; Rapport sur l' état de nécessité, Revue pénitentiaire 1900, 1411 ff

3) "... ou encore par les inéluctables nécessités de sa propre existence ou celle des êtres dont il a légalement et naturellement la charge"; s. Koch, aaO S. 97

4) "Le cas d' extrême misère de l' auteur d' une soustraction d' objets de première nécessité peut être considéré par les tribunaux comme un motif de non-responsabilité pénale des délinquants"; Koch, aaO S. 98

5) s. Koch, aaO S. 99 ff

(6) Stellungnahmen zu der Entscheidung "Ménard" und der allmähliche Einfluß Moriaud's

R o u x , der die Urteile i.S. Ménard besprochen hatte¹⁾, stimmte der Begründung der Cour d' Amiens zu und meinte, daß der Angeklagten Ménard der Diebstahlsvorsatz gefehlt habe. Unter Bezugnahme auf Moriaud wandte er sich aber dagegen, derartige Fälle entsprechend der h.M. über die Lehre der contrainte zu lösen. Wenn Roux in diesem Fall auch nicht über ein objektives Abwägen der Rechtsgüter vorging, sondern alleine auf den Tätervorsatz abstellte, so verhalf er doch erstmalig Moriaud zum Erfolg, als er dessen Werk zur Widerlegung der bislang herrschenden contrainte-Lehre heranzog. Auch der Notstandstäter hatte nach Roux die freie Wahl, entweder das Übel in Kauf zu nehmen oder das Delikt zu begehen. Im übrigen gebe es Menschen, die lieber sterben als ein Brot stehlen, lieber erfrieren als einige Stücke Kohle an sich nehmen²⁾.

J o s s e r a n d ³⁾ hielt dagegen an der damals h.M. fest und billigte in seiner Besprechung die Begründung des Tribunal Correctionnel de Château-Thierry. Die Angeklagte habe Diebstahlsvorsatz gehabt, sie sei aber auf Grund von contrainte morale gemäß Art. 64 CP straflos. Der Hunger der Angeklagten sei lediglich ein Motiv gewesen, das bei der Prüfung des Vorsatzes außer Betracht zu bleiben habe.

R o u x aber unterschied ganz wie Moriaud aber auch Garraud zwischen contrainte und nécessité⁴⁾ und nahm bei letzterer, die er "doctrine moderne" nannte, auf das deutsche Strafrecht Bezug. Den Grund, warum die französischen Richter den von Moriaud entwickelten état de nécessité nicht anwandten, sah er zu Recht in dem Hinder-

1) S.1899.II.1

2) "Il y a des personnes qui préfèrent mourir de faim plutôt que de dérober un pain, de froid plutôt que de prendre quelques morceaux de charbon: certains récits lamentables des journaux nous le montrent", RP 1900, 1419

3) D.1899.II.329

4) S.1899.II.1

nis in Art. 65 CP, der einen Strafausschließungsgrund nur in den gesetzlich geregelten Fällen zuläßt¹⁾. Da die nécessité im Gesetz aber nicht geregelt ist, seien die Richter gezwungen, die Notstandsfälle über die contrainte über Art. 64 CP zu lösen (oder den Vorsatz zu verneinen) und könnten deshalb auch eine Trennung von contrainte und nécessité nicht vornehmen²⁾.

Den endgültigen Erfolg konnte Moriaud dann am 7. November 1900 erfahren, als Roux seinen "Rapport sur l'état de nécessité et le délit nécessaire" der "Société générale des prisons" vorlegte³⁾. Hier wurde in Frankreich erstmalig seit der Schaffung des Code Pénale der eigentliche Notstand ausführlich besprochen, und man erkannte gerade mit Blick auf den Fall Ménard, daß die contrainte-Lehre nicht ausreichte, um jeden Notstand mit der vis-Formel lösen zu können. Die Diskussion fand zunächst unter der Frage statt, ob es im Einklang mit der gesellschaftlichen Ordnung stehe und nicht unsittlich sei, wenn ein Täter aus einer Notlage heraus eine Straftat begangen hat, diesen unbestraft zu lassen. Man sah darin grundsätzlich keinen Verstoß gegen die gesellschaftliche Ordnung, es sei denn, daß gerade eine Pflicht zum Bestehen des Notstands vorliegt (Soldat). Roux bildete zwei Fälle: einmal beging jemand eine Straftat, um die Person oder die Güter eines anderen, das andere Mal, um seine eigene Person und seine eigenen Güter zu retten. Im ersten Fall war nach Ansicht Roux's die Forderung nach Straflosigkeit eindeutig begründet, da es sich um einen Akt der Nächstenliebe handelte, die gelegentlich auch heldenhafte Züge annehme. Wenn aber die

1) s.o. 1, S.134 FN 2

2) "Il est vrai qu' en séparant la contrainte et la nécessité, on se heurte, pour soustraire à la répression les actes commis par nécessité, à l' art.65 CP, qui n' admet d' excuses que dans les cas spécifiés par le loi: et c' est peut-être la raison qui a fait exagérer en France la notion de la contrainte. L' obstacle qu' élève l' art.65 est réel et regrettable. Il empêche de donner à la théorie de la nécessité sa base véritable, que nous voyons, pour notre part, dans un conflit d' intérêts, sortant de la spère de droit et de la protection de la loi, et dont la solution échappe par conséquent aux prescriptions légales", Roux RP 1900, 1425 f

3) s. RP 1900, 1411 ff; Diskussion 1424 ff

Begehung einer Straftat zu Gunsten einer dritten Person straflos sei, müsse a fortiori die Rettung der eigenen Person und Habe erst recht straflos bleiben.¹⁾ Die Grenze, wo nicht nur reiner Egoismus geschützt werde, sei da, wo die gesellschaftliche Forderung nach Gesetzeserfüllung unmenschlich wäre. Beim Diebstahl aus Hungersnot, fügte Roux hinzu, bestehe die Straflosigkeit deshalb, weil der Strafzweck hier entfalle,²⁾ denn um den vor dem Verhungern stehenden Täter vor dem Diebstahl abzuschrecken, müßte die Strafe schlimmer sein als der bevorstehende Hungertod.³⁾

Die Société générale des prisons sah sich dann vor die weitere Frage gestellt, ob für die Durchsetzbarkeit des Notstandes als selbständiger Strafausschließungsgrund eine neue Gesetzesvorschrift notwendig sei. Roux kam zu dem Resultat, daß eine solche neue Vorschrift notwendig sei.⁴⁾ Nach der bisherigen französischen Rechtsprechung sei Art. 64 CP ausreichend gewesen, da sie davon ausging, daß nur der durch physische oder psychische Gewalt getriebene Notstandstäter sich auf diese Vorschrift berufen konnte. Hiergegen wandte sich aber Roux. Er führte hierfür einen Fall der Cour de Cassation⁵⁾ an, in welchem der Angeklagte nach Ladenschluß in ein Café eingedrungen war, um einen Totschlag an einer anderen Person zu verhindern. Das Gericht hatte contrainte angenommen. Doch meinte Roux hierzu, daß die Gefühle von Nächstenliebe keineswegs Folge von physischem oder psychischem Zwang sein müßten. Wenn man den Täter für die Rettung seines Mitmenschen belohnte, würde man konsequenterweise die Handlung eines Automaten belohnen.⁴⁾ Wenn nicht gerade der Täter selber in Gefahr stehe, sei in den meisten Fällen nicht die Rede von psychischem Zwang. Die Formulierung in Art. 64 CP war nach Roux zu eng, um die nécessité mitzuumfassen. Die

1) "... car, s'il est licite de disposer du bien d' autrui au profit d' un tiers, à fortiori est-il licite d' en disposer à son propre profit ...", aaO

2) vergl. oben Teil 1 VI, 1 S.38 (Theorie Kants)

3) wie FN 2

4) RP aaO

5) Crim. 27.1.1877, Bulletin crim. Nr.35

contrainte zwingt den Täter gegen seinen Willen etwas zu tun, da kein anderer Ausweg besteht. Die *nécessité* dagegen versetzt den Täter in die Lage, durch die Straftat ein Rechtsgut vor seinem Untergang zu retten oder es aber nach seiner freien Wahl zu opfern.¹⁾

Aus diesem Grunde - auch mit Rücksicht auf Art. 65 CP mußte daher eine neue Vorschrift über die *nécessité* in das Gesetz eingefügt werden.

So entstand schließlich die dritte Frage, wie die neue Notstandsvorschrift lauten sollte. Roux schlug folgende Bestimmung vor:

"Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn die durch Gesetz verbotene Handlung zur Rettung des Täters selbst oder eines anderen aus gegenwärtiger Gefahr erforderlich war" 2).

Roux wollte mit dieser Vorschrift das Menschenleben sowie alle ideoellen Güter, ohne deren Schutz das Leben schlimmer als der Tod sei³⁾, insbesondere Freiheit, Sittlichkeit und Schamgefühl notstandsfähig machen.

Andere Güter, insbesondere Vermögensgüter sollten für den Fall, daß sie aus einer besonderen Gefahr gerettet werden sollten, besonderen Regelungen vorbehalten bleiben, da hier spezielle Vorschriften vorzuziehen seien⁴⁾.

Garçon meinte dagegen allerdings, daß der Notstand in einer einzigen, allgemeinen Vorschrift geregelt werden müßte⁵⁾. Voraussetzungen waren nach seiner Ansicht für die Straflosigkeit die Gegenwärtigkeit und Unvermeidbarkeit der Notlage sowie die Schuldlosigkeit des Täters an der Herbeiführung der Notlage⁶⁾. Einen eigenen

1) Roux, aaO, S. 1418

2) "Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'acte défendu par la loi était commandé par la nécessité actuelle de la conservation de soi-même ou d'autrui"

3) "... de toutes ces choses sans lesquelles, suivant l'expression d'un ancien philosophe, la vie serait à la vérité possible, mais une vie pire que la mort", aaO

4) aaO, S. 1422, 1423

5) RF 1900, S. 1424

6) aaO, S. 1434

Entwurf stellt Garçon nicht vor, er schloß sich aber einem gemeinsamen Entwurf von Gauckler, Brouilhet, Maurice, Robert, Prudhomme und Cauvière an¹⁾. Art. 64 CP sollte nach diesem Vorschlag folgendermaßen ergänzt werden:

"... oder wenn er (der Täter) ausschließlich unter dem Einfluß von Not gehandelt hat" 2)

Garçon schloß sich ansonsten im Wesentlichen den Ausführungen Roux's an. Die Ursache des Mißstandes der französischen Notstandslehre sah er in der engen contrainte-Beschreibung in Art. 64 CP sowie in der kritiklosen Hin- nahme dieser Vorschrift während der vorangegangenen 80 Jahre durch die Rechtsgelehrten.³⁾ Als Beispiel führte Garçon einen Fall an, in welchem jemand in seinem Hause des Nachts plötzlich durch einen Brand erwacht ist und sich, da keine andere Möglichkeit bestand, zu seiner Ret- tung nahezu unbekleidet ins Freie begeben hat. Niemand käme hier auf die Idee, meinte Garçon, das Opfer deshalb wegen Erregung öffentlichen Ärgernisses zu bestrafen. In dieser Situation könnte aber auch niemand feststellen, ob die freie Willensbestimmung dieses Opfers wirklich aus- geschlossen war; der Betroffene hätte sich, wie Garçon unter dem Gelächter der Zuhörenden anfügte, statt sich im Hemd zu retten, auch anders entscheiden können: er hät- te sich verbrennen lassen können. Deshalb sei hier weder von force majeure noch von contrainte morale sondern nur von nécessité die Rede.⁴⁾

1) s. Koch, aaO S. 102

2) "...ou lorsqu' il n' agi que sous l' empire de la nécessité"; RP 1901, 48; s. Koch, aaO

3) RP 1900, S. 1424

4) "Dans cette hypothèse, j' ai entendu dire quelquefois: 'Il y a force majeure'. Autre erreur, qui provient encore d' une analyse incomplète. La force majeure sup- pose qu' un individu n' a pu éviter le délit, que ce dé- lit s' est matériellement imposé à lui. Notre homme n' a pas été forcé matériellement de se sauver en chemise: il pouvait se résoudre à se laisser brûler.(Rires). Mon Dieu, oui; pour bien comprendre les théories, il faut ainsi les pousser jusqu' a leurs dernières con- séquences, fussent-elles absurdes. La vérité est que théoriquement il n' y a dans ce cas ni force majeure, ni contrainte morale supprimant la liberté. Il y a nécessité, ce qui suffit", RP 1900, S. 1432

Neben den genannten Entwürfen sind noch weitere entstanden (z.B. von Marchand). Auch in den 30-iger Jahren setzte eine Gesetzesnovellierungswelle ein. Doch sollten am Ende alle Änderungsbemühungen auf legislativer Ebene erfolglos bleiben¹⁾.

Erfolg hatten jedoch Roux und Garçon mit ihrer von Moriaud entwickelten Lehre des état de nécessité damit, daß dieses Rechtsinstitut bald Eingang in die führenden Lehrbücher der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts fanden. So unterschied Vidal in der dritten Auflage seines Lehrbuchs²⁾ die contrainte, die er als "cause psychologique" unter die Überschrift "causes subjectives de suppression ou de diminution d' imputabilité" stellte, von der nécessité, die er der Überschrift "causes objectives de suppression de l' imputabilité" unterordnete.

In der Erstauflage von 1938 des "Traité élémentaire de droit criminel" von Donnedieu de Vabres wurde physische und psychische Gewalt unter die contrainte des Art. 64 CP gestellt, während die nécessité als außergesetzliches³⁾ Institut behandelt wurde. Die nécessité sei ein Werk von Wissenschaft und Rechtsprechung.⁴⁾

1) nähere Einzelheiten siehe bei Koch, aaO S. 96 ff

2) Vidal, Cours de droit criminel, 3.Aufl. Paris 1906 , Nr. 176 ff, S. 283 ff; Nr. 211 ff, S. 315 ff

3) s.u. d (3), S.165 ff

4) "Tandis que la formule de l' art. 64 s' applique à la contrainte, aucun texte ne vise l' état de nécessité. Cette théorie est l' oeuvre de la doctrine et de la jurisprudence", Nr. 363, S. 214.

d) Die Behandlung des Notstands im 20. Jahrhundert

Um das Bild der französischen Notstandslehre abzurunden, soll im folgenden Abschnitt noch ein kurzer Blick auf die neuere Lehre in Frankreich geworfen werden, der allerdings im Rahmen dieser Arbeit nicht sehr tief in die Materie eindringen kann¹⁾. Durch die Arbeit Moriaud's ist eine Brücke zwischen dem deutschen und dem französischen Recht und zwischen der alten contrainte-Lehre und dem modernen état de nécessité geschlagen worden, welche diese Ergänzung rechtfertigt, zumal sich das niederländische Recht im Spannungsfeld beider Pole, der französischen und der deutschen Wissenschaft stets bewegt hat.

Zu Beginn und während der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts bestanden in Frankreich drei Auffassungen nebeneinander, die sich mit dem strafrechtlichen Notstand befaßten.

(1) Die Contrainte-Lehre

Die ursprüngliche Lehre des unwiderstehlichen Zwangs blieb weiterhin bestehen. Diese wurde im Wesentlichen von der Rechtsprechung vertreten. So nahm z.B. die Cour de Paris in der Sache Libermann contrainte morale an.²⁾ Mehrere Juden hatten während der deutschen Besetzung falsche Personalausweise benutzt, um der Judenverfolgung zu entkommen. Die Cour hatte die Angeklagten außer Verfolgung gesetzt, während in erster Instanz das Tribunal correctionnel de la Seine auf zwei Jahre Gefängnisstrafe erkannt hatte³⁾.

In einem anderen Fall hatte ein Bäcker seine Gesellen über die zulässige Arbeitszeit hinaus beschäftigt, da ihm nicht genügend Arbeitskräfte zur Verfügung standen (nach

1) eine ausführliche Darstellung befindet sich bei Koch, Der Einfluß von Zwang und Notstand..., S.108 ff

2) Urt.v. 5.1.1945, S.1945.II.82 mit Anm. Bouzat, "considérant que tous les prévenus ont agi sous l'empire d'une contrainte morale irrésistible ..."

3) Urt.v. 16.10.1943

örtlichem Recht müssen die Bäcker die Bevölkerung ausreichend mit Brot versorgen). Die Cour de Cassation prüfte, ob unwiderstehlicher Zwang vorlag, verneinte dies und verwarf das freisprechende vorinstanzliche Urteil. Der Bäcker hatte nach Ansicht des Gerichts lediglich Schwierigkeiten zu überwinden, die für die Annahme von contrainte morale nicht ausreichten.¹⁾

(2) Die Lehre des fehlenden Vorsatzes

Neben der älteren contrainte-Lehre hatte sich eine zweite Ansicht gebildet, nach welcher in Fällen von Not es am Vorsatz fehlen soll, wenn der Täter aus der Not heraus eine Straftat begeht. So hatte die Cour d' Amiens in der Sache Ménard entschieden²⁾. Durch Josserand erhielt diese Ansicht dann ein besonderes Gepräge, der zwischen "volonté" und "intention criminelle" unterschied.³⁾ Entweder werde der Täter durch Umstände (z.B. Hunger) zu einer bestimmten Handlung (z.B. Diebstahl) gezwungen, die er gar nicht w i l l (unfreiwillig), oder er gerate in eine Situation, in der er zwar mit Willen handelt, aber das U n r e c h t - m ä ß i g e seines Tuns nicht will. Da der Wille des Täters eine unveränderliche Voraussetzung für die Zurechnung seiner Tat sei, während der Wille, Unrecht zu tun, nur eine Bedingung des Vorsatzes sei, müsse die Frage der volonté vor der intention criminelle geprüft werden. Für den letzteren Fall stehe dem Richter sein eigenes Ermessen offen, wohingegen der Ausschluß der volonté im Gesetz abschließend geregelt sei (z.B. Jugend, gebrechliches Alter, Störung der Geistesfähigkeiten). Zu der abschließenden Regelung rechnete er auch die physische und psychische Gewalt.

Josserand's Betrachtung eröffnete die Möglichkeit, in Fällen, in denen wegen der engen Voraussetzungen des Art.64 CP contrainte nicht festgestellt werden kann, weiter danach zu fragen, ob der Täter eine intention criminelle hatte,

1) Urt.v. 3.4.1909, S.1910.I.55

2) s.o. c (5), S.154 ff, Urt.v. 22.4.1898, S.1898.II.1

3) D.1899.II.329

deren Vorliegen der Richter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen beurteilen kann.

(3) Die Lehre des état de nécessité

Das Schwergewicht erhielt in der französischen Strafrechtswissenschaft allerdings bald eine dritte Meinung, die sich im Prinzip auf die Arbeit Moriaud's¹⁾ gründete und sich bis zur Gegenwart behauptet hat. Diese Lehre löste sich von der contrainte-Theorie des letzten Jahrhunderts und entwickelte auf der Basis Moriaud's den Notstand zu einem eigenständigen R e c h t f e r t i g u n g s - g r u n d . Schon Moriaud hatte in Konsequenz seines rein objektiven Verständnisses den Notstand als einen Grund der Rechtfertigung bezeichnet²⁾. Die neue Lehre in Frankreich sieht - wie in Deutschland die Hegeliansche Schule - das allgemeine Notstandsprinzip in dem Konflikt zweier Rechtsgüter, die gleichzeitig nicht existieren können. Dabei soll dem höherrangigen gegenüber dem niederrangigen der Vorzug gebühren, sofern das erstere dadurch zu retten ist. Eine Strafsanktion zum Schutze des niederrangigeren Gutes darf dann nicht ausgesprochen werden.³⁾

Man ist zu der Erkenntnis gelangt, daß in Notlagen, in denen der Täter nicht gerade in seinem eigenen Leben bedroht ist, unwiderstehlicher Zwang fast nie anwesend ist. Dies trete deutlich zutage, wenn der Täter zu Gunsten einer anderen Person tätig geworden ist; a fortiori gelte dies aber auch dann, wenn der Täter ein eigenes Rechtsgut gerettet hat. Die Annahme eines u n w i d e r s t e h - l i c h e n Zwangs sei zumeist deshalb nicht haltbar, weil dem Täter ja immer noch die Wahl offen bleibt, das Übel zu erdulden, anstatt das Delikt zu begehen.⁴⁾

1) s.o. c (3), S.147 ff

2) "...Nous faisons de l'état de nécessité ce que la science française appelle un fait justificatif", S.277

3) Garçon, CP annoté, Liv.II.Sec.II.Nr.114,115, Paris 1901 - 1906; Donnedieu de Vabres, Traité, Nr.380, 1.Aufl.1938

4) Donnedieu de Vabres, aaO Nr.384, 3.Aufl. (S.223, 224); Garraud, Précis Nr.127, S.314; Roux, Cours de droit, S.197; Vidal-Magnol, Nr.220, S.374,375, 9.Aufl.; s.auch Bouzat, Nr.298, S.279; Merle-Vitu, Nr.344, S.328; Stéfani-Levasseur, Nr.146, S.144

Außerdem ist man zu der Überzeugung gelangt, daß der Täter auch im Notstand die Straftat *v o r s ä t z l i c h* begeht. Das voluntative wie das cognitive Element des Vorsatzes seien beim Notstandstäter ebenso vorhanden wie bei dem Täter, der aus völlig freiem Entschluß ohne Not gehandelt hat. Abgesehen davon, daß das Abstellen auf den Vorsatz bei allen fahrlässig begangenen Notstandstaten versage¹⁾, argumentiert man, könne die Not den Vorsatz nicht ausschließen, weil sie nur ein unbeachtliches *M o t i v* sei²⁾.

Eine Schwierigkeit bereitete der Umstand, daß der Code pénal keine Vorschrift enthält, auf die der *état de nécessité* von Moriaud paßt. Die französischen Gelehrten mußten daher ihre Theorien außerhalb des Gesetzes entwickeln. Dies erfolgte dadurch, daß der Notstand entweder in Analogie zu den vorhandenen Vorschriften gegründet oder auf ein höheres, dem geschriebenen Recht übergeordnetes Prinzip gestützt wurde. Letzteren Weg war in Deutschland bekanntlich das Reichsgericht gegangen³⁾, als es den "übergesetzlichen Notstand" zu einem allgemeinen Rechtfertigungsprinzip erklärte.

aa) Den ersten Weg wählte Roux, der allerdings noch in seinem 1900 gehaltenen Rapport vor der Société générale des Prisons die Meinung vertreten hatte, daß die gesetzlichen Vorschriften nicht ausreichten und daher eine Gesetzesnovelle notwendig sei.⁴⁾ In seiner späteren Ansicht ging er nunmehr davon aus, daß die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften eine Gesetzesanalogie erlauben.⁵⁾ Roux nannte als Vorschriften, in denen der Gesetzgeber den Notstand im

1) Roux, Cours S.199; Bouzat, Nr.298, S.279

2) Bouzat, aaO; Donnedieu de Vabres, Nr.384, S.223; Merle-Vitu, Nr.344, S.328; Roux, aaO; Stéfani-Levasseur, Nr.146, S.145

3) RGSt 61, 242, (254)

4) s.c. c(6), S.157 ff

5) Roux, Cours, S.198, FN 14, 2.Aufl. Paris 1927

Prinzip bereits ausgesprochen hat, Art. 453, 454, 471 Nr.4 CP a.F.; Art. 410 Code de Commerce; Titel II Art. 41 Code Rural; Art. 16 Gesetz vom 30.11.1892 (Exercice illégale de la médecine, S.1893.V.499)¹⁾. Der Auffassung Roux's sind dann Aussel²⁾, Bouzat³⁾, Richard⁴⁾ und Vouin-Léauté⁵⁾ gefolgt.

bb) Den anderen Weg, der das Notstandsproblem im übergesetzlichen Bereich zu lösen versucht, sind Garçon⁶⁾, Donnedieu de Vabres⁷⁾, Garraud⁸⁾ und Vidal-Magnol⁹⁾ gegangen.

Zur Straflsogkeit der Notstandstat führten Garraud und Vidal-Magnol mit der Argumentation Pufendorf's an, daß der Gesetzgeber von den Menschen nicht ihre Selbstaufopferung verlangen dürfe, um das Leben oder gar andere Rechtsgüter anderer Menschen zu beschützen. Die im Notstand begangene Tat stehe daher außerhalb des Rechts¹⁰⁾. Eine Bestrafung - auch beim Zusammentreffen gleichrangiger Güter - sei nutzlos. Die Strafe sei deshalb sinnlos, bemerkte Donnedieu de Vabres hierzu, weil die in der Not begangene Tat keine verbrecherische Gesinnung an den Tag lege. Während die contrainte den Täter entschuldige, sei durch den Notstand (état de nécessité) die Tat gerechtfertigt¹¹⁾. Eine Abschreckung des Täters war nach Donnedieu de Vabres im übrigen unnötig, weil sich die außergewöhnlichen Umstände, die für die Tat motivierend gewesen waren, nach aller Wahrscheinlichkeit nicht wiederholen würden.

1) Der Gesetzgeber regelte später auch den medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch, Art.87 Code du Famille, Décret-Loi 29.7.1939, jetzt Art.L.161-1 Code de Santé publique

2) Aussel, Nr.59, S.283

3) Bouzat, Nr.298, S.280

4) Richard, GdP 1952.II.14

5) Vouin-Léauté, S.65

6) Garçon, Art.64 CP, Anm.133

7) Donnedieu de Vabres, Nr.385, S.223, 224

8) Garraud, Précis, Nr.127, S.319

9) Vidal-Magnol, Nr.226, S.376

11) "Il s' en suit qu' à la difference de la contrainte qui, résidant dans la personne de l' agent, doit être considérée comme une cause de non-imputabilité, l' état de nécessité, résultant de faits extérieurs, est une cause de justification."

10) "L' acte accompli en état de nécessité est en dehors du droit pénal."

Gegen die Lösung Roux's haben sich auch Merle-Vitu ausgesprochen.¹⁾ Wenn der Gesetzgeber die Notstandsfälle nicht abschließend für das ganze Gesetz sondern nur an einzelnen Stellen gelöst habe, so könne man mit gleichem Recht statt von einer Analogie der nicht geregelten Fälle zu den geregelten auch von einer restriktiven Interpretation ausgehen; der Gesetzgeber habe dann die einzelnen Regelungen auf die jeweiligen Notstandsfälle beschränken wollen. Es sei jedoch anerkannt, daß das Strafrecht "relativ" sei. Es erschöpfe sich nicht in dem ausdrücklich aufgeführten Codex, sondern es müsse sich hinsichtlich der Frage nach Straflosigkeit eines bestimmten Verhaltens auch durch solche Umstände Einschränkungen gefallen lassen, die nicht in dem Codex aufgeführt sind, deren Berücksichtigung aber die Voraussetzung für ein der Vernunft gehorchendes Strafrecht seien. Ein solcher, nicht im Gesetz aufgeführter Umstand sei z.B. der Notstand, der vernünftigerweise Straflosigkeit zur Folge haben müsse. Eine Bestrafung wäre ungerecht und grob unbillig. Merle-Vitu sprachen hier von den "immanenten Schranken" des Strafgesetzes.²⁾

Sowohl die Lehre, die den Notstand durch Gesetzesanalogie als auch die, welche ihn im überpositiven Bereich zu lösen sucht, mußten sich an dem Hindernis, das sich ihnen in Art. 65 CP entgegenstellt, vorbeimanövrieren. Denn wenn eine im Notstand begangene Straftat Straflosigkeit zur Folge haben soll, muß nach Art. 65 CP hierfür eine gesetzliche Vorschrift bestehen. Keine Straftat darf entschuldigt oder in der Strafe gemildert werden, "que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable , ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse" (Art.65 CP).

Man betrachtete nun allerdings nach einhelliger Auffassung Art. 65 CP als eine Vorschrift, die nur für E n t - s c h u l d i g u n g s g r ü n d e , nicht aber für Rechtfertigungsgründe gilt. Die in Art. 65 CP ausge-

1) aaO

2) "Elle (erg. die Rechtfertigung) trouve son principe et sa source dans les limites propres de la loi voilée elle-même ..."

sprochene "excuse" ist als Strafausschließung auszulegen, während der Verantwortungsausschluß in dieser Vorschrift nicht geregelt sei. Als Beispiel zur Unterstützung dieser Ansicht wird die *N o t w e h r* angeführt, die schon immer ohne Rücksicht auf Art. 65 CP als Rechtfertigungsgrund anerkannt worden ist, obwohl sie das Gesetz nur beim Totschlag und der Körperverletzung berücksichtigt.¹⁾ Da der *N o t s t a n d* eine "cause de justification"²⁾ sei³⁾ und damit jegliche strafrechtliche Verantwortung ausschliesse, sei Art. 65 CP kein Hindernis für eine eigenständige Anwendung des "état de nécessité", sei es in Analogie oder im überpositiven Recht.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß der Weg, die *nécessité* als Rechtfertigungsgrund, die *contrainte* bei gleichzeitiger Anwendung von Art. 65 CP als Entschuldigungsgrund anzusehen, zwangsläufig von einer monistischen Betrachtung des Notstandes wegführt und zu einer differenzierenden Anschauung zwingt: entweder liegt ein Fall der *contrainte* vor, womit in der Regel auf die psychische Zwangslage des Täters abzustellen ist (Entschuldigung), oder der Fall löst sich nach dem dem richterlichen Ermessen⁴⁾ überlassenen Güterabwägungsprinzip, wenn *nécessité* vorliegt. Es zeigt sich also eine deutliche Parallele zu der deutschen Differenzierungslehre, die in etwa dem deutschen Stand in der Zeit von 1927⁵⁾ entspricht.

Die Abgrenzung, wann *contrainte* oder *nécessité* vorliegt, ist allerdings bis zur Gegenwart streitig.⁶⁾ Die *nécessité* muß zumindest nach der Auffassung, die den Notstand nach übergesetzlichen Gesichtspunkten löst - und dies scheint die Mehrheit der Auffassungen zu sein -, *v o r* der *contrainte* geprüft werden, da die objektive Rechtfertigung

1) vergl. Bouzat, Nr.298, S.280; Larguier JCP 1959, 10941; *Iégal* RSC 1959, 112; vergl. Koch, aaO S.112; Bronkhorst, *Overmacht*, S.74 ff (76)

2) Donnedieu de Vabres, *Traité*, Nr.380 (1.Aufl.)

3) nach überwiegender Ansicht, Koch, aaO S.116, 117

4) s. Aussel, Nr.64, S.285; Bouzat, Nr.299, S.281; Donnedieu de Vabres, Nr.387, S.225; Merle-Vitu, Nr.347, S.332; Stéfani-Levasseur, Nr.147, S.146

5) RGSt 61, 242 ff

6) Koch, aaO S.112 ff

den Vorrang vor der persönlich-subjektiven Entschuldigung genießt.¹⁾

Nach einhelliger Meinung muß eine echte Notlage (*nécessité véritable*) bestehen, die eine unabwendbare Gefahr (*danger autrement inévitable*) für ein bestimmtes Rechtsgut darstellt; dieses muß akut bedroht sein (*péril actuel*).²⁾

Streit besteht zu der Frage, in welchem Wertverhältnis die bedrohten Rechtsgüter zueinander stehen müssen. Man ist sich jedenfalls darüber einig, daß *nécessité* nur vorliegt, wenn das höherwertige Rechtsgut auf Kosten des geringeren - nie jedoch umgekehrt - erhalten wird. Keine Einigkeit besteht darüber, ob *nécessité* auch dann zu bejahen ist, wenn gleichwertige Interessen kollidieren. Die meisten Autoren, die den Notstand im übergesetzlichen Bereich zu lösen suchen, lassen eine Gleichwertigkeit der kollidierenden Rechtsgüter ausreichen.³⁾ Die anderen Autoren, die den Notstand aus einer Gesetzesanalogie herleiten, setzen eine Höherwertigkeit des zu schützenden Rechtsgutes voraus, da die Gesetzesvorschriften, auf denen die Analogie beruht, von einer solchen Wertdifferenz ausgehen.⁴⁾ Keine Resonanz hat die Ansicht Roux's gefunden, nach der eine Gleichwertigkeit der Rechtsgüter nur in Fällen allgemeiner Gefahr (*danger commun*) für die Annahme von *nécessité* ausreiche.⁵⁾

Offen bleibt außerdem die Frage, wie das Wertverhältnis der betroffenen Güter im Einzelfall festzustellen ist.⁶⁾

-
- 1) dieser Gesichtspunkt ist kürzlich vom BGH in einer zu §35 StGB ergangenen Entscheidung übersehen worden, BGH NJW 1979, 2053, s.u. VI,2 e, S.271
 - 2) Aussel, Nr.61, S.284; Bouzat, Nr.299, S.281; Donnedieu de Vabres, Nr.379, S.218; Nr.387, S.226; Garçon, CP Art. 64, Anm.115; Garraud, Précis, Nr.126, S.313; Merle-Vitu, Nr.346, S.330,331; Roux, Cours, S.200; Stéfani-Levasseur, Nr.147, S.145,146; Vidal-Magnol, Nr.227, S.377; Vouin-Léauté, S.65
 - 3) Donnedieu de Vabres, Nr.387, S.225; Garçon, aaO Anm.133; Garraud, aaO Nr.127, S.319; Légal RSC 1959, 113; Merle-Vitu, Nr.347, S.331, 332; Vidal-Magnol, Nr.226, S.376
 - 4) Bouzat, aaO; Richard, GdP 1959.II.14
 - 5) Roux, Cours, S.200
 - 6) s.o. S.169 FN 6

Auch zu der alten Streitfrage, inwieweit das Verschulden an der Herbeiführung der Notlage erheblich ist¹⁾, besteht keine Einigkeit²⁾. Die Rechtsprechung hat es stets als erheblich angesehen.³⁾ Aufsehen hatte der Fall "Trémentin" erregt, in dem die Cour de Cassation bei der contrainte das Selbstverschulden an der Herbeiführung der Notlage geprüft hatte.⁴⁾ Ein Matrose hatte sich während eines Landurlaubs dermaßen betrunken, daß er in polizeilichen Gewahrsam genommen werden mußte. Als er wieder auf freiem Fuße stand, war das Handelsschiff, auf dem er angeheuert hatte, bereits ausgelaufen. Das zuständige Schifffahrtsgericht verurteilte ihn daraufhin wegen Desertion. Die dagegen gerichtete Kassationsbeschwerde des Matrosen verwarf die Cour de Cassation. Sie hielt die Nichtanwendung von Art. 64 CP für begründet, weil der Angeklagte seine Festnahme verschuldet habe.

e) Die französische Rechtsprechung bis zur Gegenwart

(1) Die Rechtsprechung bis 1957

Während sich seit dem Erscheinen der Dissertation Moriaud's die Gelehrten in Frankreich mehr und mehr mit dem état de nécessité befaßt und ihn in unserem Jahrhundert längst anerkannt haben, schien diese Diskussion die französische Rechtsprechung überhaupt nicht zu berühren. Derartige Fälle wurden weiterhin mit der contrainte oder dem Fehlen von intention criminelle gelöst. Zitiert wurde hier bereits das Urteil in der Sache "Libermann"⁵⁾. In einem genau gleichgearteten Fall, in dem sich Juden mit gefälschten Ausweisen dem Zugriff der deutschen Judenverfolgung entziehen wollten, setzte die Cour de Paris die Angeklagten außer Strafverfolgung, weil ihnen der V o r s a t z gefehlt habe (Fall Anna und Salomon Gottfried).⁶⁾ Dasselbe

1) vergl. unten IV, 2 c(2), S. 220 ff

2) näher dazu Koch, aaO S. 114 ff

3) vergl. Cour de Cassation, Urt. v. 25.6.1958, D. 1958, 694 = JCP 1959.II.10941 mit Bespr. Larguier

4) Crim. 29.1.1921, S. 1922.I.185 mit Anm. Roux; Koch, S. 37 ff

5) s.o. d(1), S. 163 (Urt. v. 5.1.1945, 3.1945.II.82)

6) Urt. v. 6.10.1944, S. 1945.II.81 mit Anm. Bouzat

Gericht entschied demnach zur gleichen Fallkonstellation einmal nach der contrainte (Liebermann) und einmal mit dem fehlenden Vorsatz (Anna und Salomon Gottfried)¹⁾.

Die Cour de Cassation hob das freisprechende Urteil der Vorinstanz in einem Fall auf, in dem ein Kapitän mit seinem Passagierdampfer im Hafen von Dünkirchen eingelaufen war, bevor er die Anlegeerlaubnis nach der Kontrolle durch die Gesundheitspolizei erhalten hatte.²⁾ Darauf wurde ihm ein Verstoß gegen gesundheitspolizeiliche Vorschriften vorgeworfen. Das Schiff hatte bereits einen Tag lang vor dem Hafen vor Anker gelegen, ohne daß die Kontrollbeamten irgendwelche Anstalten getroffen hatten, das Schiff und die Passagiere zu untersuchen. In Anbetracht des sinkenden Barometers und eines herannahenden Unwetters beschloß der Kapitän darauf, die letzte Stunde der Flut ausnutzend, ohne die erforderliche Kontrolle in den Hafen einzulaufen. Bei Ebbe hätte das Schiff wegen seines Tiefganges bei dem drohenden Unwetter den Hafen nicht erreicht. Trotz vorangegangener Verständigung der Hafenbehörde hierüber durch den Kapitän und trotz seines Verbots an die Passagiere, ohne die Kontrolle von Bord zu gehen, verneinte die Cour das Vorliegen von contrainte (force majeure).³⁾

Bekannt wurde ein Fall, der sich in Korsika abgespielt hatte ("korsischer Banditenfall"). Die Angeklagten hatten eine größere Fläche an Waldgebiet in Korsika gekauft, um das dort befindliche Holz schlagen zu lassen und zu verkaufen. Das von ihnen erworbene Gebiet diente aber gleichfalls seit langer Zeit als Unterschlupf für gesuchte korsische Banditen. Die Angeklagten wurden von diesen fortlaufend erpreßt. Als sie damit begannen, durch ihre Wald-

1) "...que cette état de nécessité laisse présumer que les prévenus n' ont point agi dans le but de commettre un délit; qu' au contraire il n' existe point dans la cause d' élément intentionnel permettant d' étayer une telle accusation...", aaO

2) Crim. 7.11.1890, S.1891.I.239

3) "La force majeure ne peut résulter que d' un obstacle imprévu, indépendant de la volonté humaine, la dominant et ne lui laissant pas la liberté du choix et la faculté d' agir ...", aaO

arbeiter die Bäume fällen zu lassen, wurden diese von zwei Banditen, die u.a. wegen Mordes verurteilt und gesucht waren, daran gehindert. Da die Angeklagten aber das Holz schlagen lassen wollten, mußten sie an eine erhebliche Anzahl von Verwandten und Freunden der Banditen finanzielle Zuwendungen leisten, für welche diese dann mehr oder weniger zum Schein die Arbeit ausführten. Einer der Angeklagten war sogar von einem Banditen gefangen genommen und nur gegen das Versprechen freigegeben worden, daß er an die Banditen eine Rente zahle sowie sie regelmäßig mit Lebensmitteln versorge. Die zuständigen Justizbehörden wagten trotz Ersuchens des Untersuchungsrichters von Corte nicht, in irgendeiner Weise einzugreifen oder zu ermitteln.

Die Angeklagten mußten sich dem Vorwurf der Begünstigung aussetzen. Das örtliche Gericht von Corte hatte sie dementsprechend verurteilt. Die Cour de Bastia hatte sie dann unter dem Gesichtspunkt der contrainte freigesprochen. Das Gericht erwog, daß die Angeklagten lediglich in der begründeten Furcht, sonst durch Waldbrand oder ähnliche Repressalien das investierte Kapital zu verlieren oder gar um die Existenz bangen zu müssen, die Verbrecher unterstützt hatten und sich deshalb in einer entschuldigenden Zwangslage befunden hatten. Dieser Argumentation folgte die Cour de Cassation nicht.¹⁾ Das oberste Gericht war der Meinung, daß contrainte nur vorgelegen hätte, wenn die angedrohte Gefahr gegenwärtig gewesen wäre und die Angeklagten deshalb keinen anderen Ausweg gehabt hätten, als die Straftat zu begehen. Hier habe man aber den angedrohten Übeln noch ausweichen können; den Angeklagten sei noch nicht jegliche Handlungsfreiheit genommen gewesen. Das Gericht hob die Entscheidung der Cour de Bastia auf und verwies die Sache an die Cour de Grenoble.²⁾

Diese enge Auslegung der contrainte mußte m.E. zu einem ungerechten Ergebnis führen. Waren die Repressalien der Banditen und die Untätigkeit der Justizbehörden nicht

1) Crim. 28.12.1900, DP 1901.I.81

2) Urt.v. 30.5.1901, D 1902.II.142; S.1902.II.298

schlimm genug, um damit die Ausweglosigkeit der Angeklagten begründen zu können?

Ein anderer tragischer Fall hatte sich im ersten Weltkrieg abgespielt. Ein französischer Bauer ging gerade mit anderen Dorfbewohnern auf die Weide, um seine Kühe zu holen. Dabei gerieten er und seine Begleiter in einen deutschen Spähtrupp und wurden gefangen genommen. Der Bauer sollte erkunden, ob sich in seinem Dorf noch französisches Militär befand. Der Bauer führte diesen Auftrag aus und erstattete Meldung, daß sich noch französisches Militär im Dorf befand. Tags darauf wurde das Dorf vom deutschen Militär angegriffen. Als der Bauer später gerichtlich zur Verantwortung gezogen wurde, berief er sich darauf, daß die Deutschen ihm angedroht hatten, seine Begleiter zu erschießen oder in Gefangenschaft zu führen, wenn er von seiner Erkundigung nicht zurückkommen oder falsche Meldung erstatten werde.

Der Bauer, der durch ein Kriegsgericht¹⁾ verurteilt worden war, und der die Strafe bereits verbüßt hatte, konnte in einer Art Wiederaufnahmeverfahren, in dessen Verlauf er allerdings verstarb, seinen Fall vor die Cour de Cassation bringen. Die Cour lehnte aber auch in diesem Fall das Vorliegen von contrainte ab, da nicht der Bauer sondern seine Begleiter unmittelbar bedroht gewesen seien. Seine Willensfreiheit sei daher nicht so stark beeinträchtigt worden, daß er sein Vaterland dem Feind verraten mußte. Hier hätte der Bauer mehr Überlegung walten lassen können.²⁾

Jemand hatte an einem Spazierweg uriniert und mußte sich deshalb vor einem Tribunal wegen eines Verstoßes gegen eine ortspolizeiliche Vorschrift zur Rechenschaft ziehen lassen. Die einzige öffentliche Abortanlage war abgebrochen. Das freisprechende Urteil dieses Gerichts hob die Cour de

1) Conseil de guerre de la place de Verdun, Urt.v. 30.11.1914

2) Crim. 20.4.1934, S.1935.I.398, "...une menace ne peut constituer la contrainte prévue par l' article 64 C.P. que s' il a été impossible d' échapper au péril imminent qu' elle faisait naître, sans commettre l' infraction", ad

Cassation auf, weil sie in diesem Vorgang keinen Fall eines Zwangs, gegen den man nicht angehen kann, sondern lediglich eine "Schwierigkeit" des Beschuldigten, eine gesetzliche Vorschrift zu befolgen, erblickte!¹⁾

Der Fahrer eines Lastwagens hatte seinen Wagen vor einem Laden so parkiert, daß dadurch der fließende Verkehr behindert wurde. Er wurde deshalb wegen eines Verstoßes gegen Art. 471 Nr.4 CP beschuldigt, wonach es unter Strafe verboten ist, ohne Not eine freie Straße zu sperren oder den Verkehr zu behindern. Der Fahrer berief sich auf den im Gesetz formulierten Vorbehalt (excuse légale) "ohne Not" und erklärte, er habe sich in einer Notlage befunden, da er Benzin einfüllen und außerdem verschiedene Gegenstände abliefern mußte. Die Cour de Cassation hob das freisprechende vorinstanzliche Urteil auf und ließ die Berufung auf Notstand nicht zu, weil der Fahrer nur aus Bequemlichkeit gehandelt habe.²⁾

Eine Berufung auf Art. 64 CP verneinte auch das Tribunal correctionnel de Nantes³⁾. Ein Priester hatte ohne vorangegangene zivile Trauung einen Sterbenden mit dessen langjähriger Konkubine getraut. Gegen den Vorwurf eines Verstoßes gegen Art. 199 CP verteidigte er sich damit, "in extremis" gehandelt zu haben. Der Priester habe sich in einer Pflichtenkollision befunden, denn das Konkubinat ist nach kirchlicher Auffassung eine Todsünde, die nur durch eine priesterliche Trauung vor Todeseintritt behoben werden konnte. Hier wäre eine objektive Güterabwägung geboten gewesen. Das Gericht ließ sie jedoch unbeachtet und verurteilte den Priester.⁴⁾

Eine Verurteilung hätte m.E. nicht ergehen dürfen. Der Sterbende hatte ein Recht darauf, vor dem sicher zu erwar-

-
- 1) Crim. 17.3.1927, S.1929.I.39; vergl. einen ähnlichen Fall in den Niederlanden, wo allerdings ein öffentliches WC erreichbar war, Kgt.Gouda, 2.12.1903, TvS 16, Anm.24
 - 2) Crim. 30.10.1925, S.1927.I.153; s.u. IV, 2 c(1), S.217 FN 2
 - 3) Urt.v. 25.5.1934, S.1935.II.37 mit Anm. Rousseau
 - 4) "Le prêtre qui célèbre un mariage "in extremis" sans exiger la justification préalable de l'accomplissement du mariage civil commet le délit prévu et punit par l'art.199 C.P.", aaO

tenden Todeseintritt die Ehesakramente auch ohne Inanspruchnahme der staatlichen Behörden zu empfangen. Die Pflicht, daß die zivilrechtliche Trauung der kirchlichen voranzugehen hat, kann daran nichts ändern. Dieses aus einem Kompetenzkonflikt zwischen Staat und Kirche resultierende Erfordernis darf jedenfalls nicht zu Lasten der gläubigen Bürger gehen. Diese Trauung "in extremis" war daher gerechtfertigt. Das Recht religiöser Betätigung genießt hier den Vorrang vor dem staatlichen Interesse an der Ordnung des Personenstandswesens. Deshalb durfte der Priester m.E. auch seinerseits straflos - durch den *état de nécessité* gerechtfertigt - die Trauung vornehmen.¹⁾ Rousseau nahm in seiner kritischen Anmerkung zu dieser Entscheidung ebenfalls *nécessité* an.²⁾

Der Versuch eines Polizeigerichts, mit dem Notstand einem Angeklagten zu helfen, der seinen Ausweis einem Polizisten nicht vorzeigen konnte, weil er ihn seiner Frau zur notwendigen Beschaffung von Lebensmittelkarten überlassen hatte, und sich deshalb gegen eine gesetzliche Bestimmung vergangen hatte³⁾, blieb ohne Erfolg. Die Cour de Cassation hob das freisprechende Urteil auf, weil das Gesetz eine solche Entschuldigung nicht vorgesehen habe.⁴⁾ Das Hindernis war hier wieder einmal Art. 65 CP!

In einem zeitlich lange zurückliegenden Fall hatte die Cour de Cassation einmal "*nécessité*" zur Begründung von Straflosigkeit herangezogen. Diese Entscheidung läßt jedoch nicht klar erkennen, ob der *état de nécessité* als selbständiger Rechtfertigungsgrund anzusehen war, wie ihn später Moriaud entwickelt hat, oder ob mit der "*nécessité*"

1) so auch §67 Personenstandsgesetz v.8.8.1957 (BGBl.I,1125)

2) "Nous croyons donc, pour notre part, que l' infraction commise par un prêtre catholique qui marie "in extremis" des concubins, ne lui est pas imputable à raison de l' état de nécessité, sous la seule réserve que ce prêtre ait pu raisonnablement croire au moment où il a célébré le mariage religieux, que l' état dans lequel se trouvait le mourant ne lui permettait pas d' attendre la célébration préalable du mariage civil", aaO

3) Art.9, Ges.v. 27.10.1940

4) Crim. 21.10.1942, S.1945.I.120; "... le juge de police en statuant ainsi ayant admis une excuse non prévue par la loi."

nicht implicite ein Fall der absolut eingeschränkter Willensfreiheit gemeint war. Ein Ehemann hatte seiner lebensgefährdeten Ehefrau Geburtshilfe geleistet, obwohl er nicht sachkundig war und keine medizinische Approbation besaß.¹⁾

(2) Die Rechtsprechung seit den 50-iger Jahren

Eine W e n d e in der französischen Rechtsprechung zeichnete sich erst in den 50-iger Jahren unseres Jahrhunderts ab, die zunächst von den U n t e r g e r i c h t e n herbeigeführt wurde. Sie begannen damals, den Notstand als einen selbständigen, objektiven Strafausschließungsgrund anzuerkennen;²⁾ diese Entwicklung reicht nunmehr bis in die Gegenwart. Als Beispiele seien hier zwei Entscheidungen der Cour de Colmar angeführt.³⁾

Im ersten Fall hatte der Angeklagte ohne Baugenehmigung gebaut. Mit dem im Außenbereich befindlichen Bau hatte er bereits begonnen, bevor die Baugenehmigungsbehörde über seinen Bauantrag entschieden hatte. Die Behörde stellte dann seinen Antrag einstweilen zurück und versagte ihm (einstweilen) die Genehmigung, da die Erschließung nicht gesichert war. Der Angeklagte berief sich darauf, daß er zuvor in einer für ihn, seine Frau und seine Kinder gesundheitsgefährlichen, feuchten Baracke gewohnt habe und trotz aller Bemühungen keine andere Unterkunft finden konnte. Nur aus dieser Not heraus habe er daher mit dem Neubau begonnen. Das Gericht gab dem Angeklagten Recht: Es sprach ihn frei. Es führte dazu aus, daß der Neubau der einzige Weg für den Angeklagten gewesen sei, sich und seine Familie aus dem ungesunden Zustand zu befreien und für eine der Familie angemessene und gesunde Wohnung zu sorgen. Zwar habe die neue Wohnung kein fließendes Wasser, doch sei dieser Zustand immer noch erträglicher als jene in der ungesunden Baracke. Die Cour nahm hier einen selbständigen Rechtfertigungsgrund an, der eine Verurteilung

1) Crim. 9.6.1836, S.1836.I.816, "... le fait, par un mari étranger à l'art des accouchements, d'accoucher sa propre femme ne constitue pas l'exercice illégal de la médecine, s'il est justifié par un cas d'urgence et de nécessité absolue ...". aaO

2) Näheres vergl. Koch, aaO S.127 ff

3) weitere Nachweise bei Koch, aaO

nicht erlaubte.¹⁾

Im zweiten Fall ging es um eine Anklage wegen Hausfriedensbruchs. Der Angeklagte lebte von seiner Ehefrau und von seiner 16-jährigen Tochter getrennt, während das Ehescheidungsverfahren noch schwebte. Das Betreten der ehelichen Wohnung war ihm durch eine einstweilige Verfügung verboten worden. Dennoch betrat er eines Tages die Wohnung. Seine Frau, die gerne Männern leicht zugänglich war, hatte gerade von zwei Männern Besuch. Zugegen war auch die 16-jährige Tochter. Der Angeklagte wies die Männer aus der Wohnung und machte seiner Tochter Vorwürfe. Entgegen der vorinstanzlichen Entscheidung sprach ihn die Cour frei. Der Angeklagte hatte sich nach Ansicht des Gerichts in einem Notstand befunden, der ihn zum Betreten der Wohnung berechtigte, da es ihm um die Bewahrung des sittlichen Wohls seiner Tochter gegangen sei. Um nicht in einen Gesetzespositivismus zu verfallen, müsse man den Notstand anerkennen, sei es durch Gesetz oder durch Rechtsprechung. Er liege vor, wenn der Täter kein anderes Mittel hat, um ein Gut durch eine strafbare Handlung zu retten. Es sei dabei gleichgültig, ob es sich um materielle oder immaterielle Rechtsgüter handelt. Das Gericht sah diese Voraussetzungen hier als gegeben an und bewertete damit die Erhaltung der Ehre der Tochter höher als das Hausrecht der Ehefrau.²⁾

Nach diesen Entscheidungen wandte die französische Rechtsprechung mehr und mehr den état de nécessité als "fait justificatif" an, wobei das objektive Abwägungsprinzip in den Vordergrund getreten ist³⁾. Unter den état de nécessité werden allerdings auch Fälle subsumiert, die nach deutschem

1) "...que cet état de nécessité constitue un fait justificatif en raison duquel il ne peut lui être fait grief d'avoir omis de se conformer en l'espèce aux prescriptions de la loi; qu'en conséquence, il y a lieu de le déclarer non coupable de l'infraction qui lui est reprochée ...", Cour de Colmar, Urt.v. 27.4.1956, JCP 1957.II.10041

2) Cour de Colmar, Urt.v. 6.12.1957, D.1958, 357

3) Merle-Vitu, Nr.401, S.451, 2.Aufl., Paris 1973

Recht dem entschuldigenden Notstand zugeordnet wurden¹⁾. Inzwischen hat auch die Cour de Cassation den état de nécessité grundsätzlich anerkannt.²⁾

Den ersten Fall hat die Cour de Cassation im Jahre 1958 entschieden.³⁾ Nach den Feststellungen der Cour de Rennes, die als Vorinstanz den Angeklagten freigesprochen hatte, weil er im Notstand gehandelt habe, war der Angeklagte mit seinem Auto auf einer Nationalstraße gefahren, als sich plötzlich aus ungeklärten Gründen die rechte Wagentüre öffnete. Dadurch wurden seine mitfahrende Ehefrau und sein Kind auf die Fahrbahn geschleudert, obwohl der Angeklagte versucht hatte, mit seiner rechten Hand seine Frau und sein Kind festzuhalten. Damit die Minausfallenden nicht überfahren würden, steuerte er mit der linken Hand den Wagen auf die linke Straßenseite. Bei diesem Manöver geriet sein Wagen jedoch ins Schleudern und kollidierte mit einem entgegenkommenden Fahrzeug, wobei sämtliche Insassen schwer verletzt wurden.

Die Cour de Cassation hatte grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, daß der Vorderrichter den Angeklagten hatte straflos ausgehen lassen, weil er zwar eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, aber dadurch einen noch schwereren Unfall verhindert und deshalb im Notstand gehandelt habe. Dennoch hob die Cour die Entscheidung auf, da die Voraussetzungen für den état de nécessité nach Meinung des Kassationsgerichts nicht ausreichend festgestellt waren.

Damit fand der Notstand beim höchsten französischen Gericht nicht nur die Anerkennung sondern zugleich auch seine nähere Umschreibung. Die Cour beanstandete, daß zunächst hätte festgestellt werden müssen, ob es für den Angeklagten keine andere, für die anderen Verkehrsteilnehmer weniger gefährliche Möglichkeit gab, seine Frau und sein Kind zu

1) s. Hinweis bei Jescheck, Lehrbuch, S.297 und FN 62 m.w.N.

2) Merle-Vitu, aaO; Stéfani-Levasseur, S.163, 8.Aufl.1975

3) Crim. 25.6.1958, D.1958, 694

retten (Unvermeidbarkeit). Desweiteren wäre zu prüfen gewesen, ob der Angeklagte für den Fall, daß er das Ausweichmanöver unterlassen hätte, einen größeren Schaden angerichtet hätte oder ob dieser weniger schlimme Ausmaße angenommen hätte (Schadensvergleich für die Abwägung). Zuletzt hätte auch geprüft werden müssen, ob er seine Mitfahrer schuldhaft in einem Wagen mitfahren ließ, dessen Türe sich von selbst öffnen konnte. Ein solches Verschulden liege vor, wenn der Angeklagte dies wußte oder hätte wissen müssen (Verschulden an der Notstandslage).

Mit der Anerkennung des *état de nécessité* durch die Cour de Cassation ist in Frankreich ein ähnlicher Rechtszustand eingetreten wie in Deutschland bis zur Zeit vor der Neukodifizierung des Notstands. Ob sich hier allerdings schon eine gefestigte Rechtsprechung entwickelt hat, wird man noch mit Zurückhaltung abwarten müssen.¹⁾ Einige Jahre nach dieser Entscheidung ist von der Cour de Cassation in einem obiter dictum Notstand wiederum angenommen worden.²⁾

In einer jüngeren Entscheidung der Cour de Cassation blieb die Berufung eines Lehrers auf "le fait justificatif de l' *état de nécessité*" erfolglos, der, obwohl er sich selber nicht gefährdet hätte, es aus Furcht unterlassen hatte, durch sein sofortiges Eingreifen eine Körperverletzung zu verhindern.³⁾

1) s. Koch, aaO S.135

2) Crim. 27.12.1961, JCP 1962.II.12652

3) Crim. 21.11.1974, D.1975.II.Informations rapides, S.7

2. Der strafrechtliche Notstand im niederländischen Recht.

Mit der vorangegangenen Behandlung unter 1. über den Notstand in Frankreich sollte ein Einblick in das französische Recht gewährt werden, das während des letzten Jahrhunderts das niederländische Recht im Wesentlichen bestimmt hat. Der Code Pénal blieb bis zum Jahre 1886 in seinem ganzen Inhalt das "Fundament der Auslegung"¹⁾. Die niederländische Lehre von der o v e r m a c h t ²⁾ entsprach damals weitgehend der französischen c o n t r a i n t e - Lehre. Auch die Rechtsprechung hielt sich ganz in diesem Rahmen.

a) Die overmacht nach van Deinse

Van D e i n s e faßte den Notstand in seinem Lehrbuch grundsätzlich genauso auf, wie die französische Wissenschaft Art. 64 CP auslegte. Overmacht lag nach ihm vor, wenn der Täter ohne oder gegen seinen Willen gezwungen war, eine strafbare Handlung zu begehen:

"... dieses Fehlen sämtlichen freien Willens liegt vor, wenn der Täter zum Handeln durch einen übermächtigen Drang (overmacht), gegen den er keinen Widerstand bieten konnte, gezwungen wurde." ³⁾

Die Gewalt mußte nach dieser Auffassung eine u n w i - d e r s t e h l i c h e sein und den Täter d e s h a l b seiner freien Willensbestimmung berauben. Van Deinse, der die overmacht ebenso wie die Unzurechnungsfähigkeit ("état de démente") zu den Fälle einordnete, in denen jegliche Zurechenbarkeit entfällt, ging davon aus, daß jeder Mensch mit einem Einsichtsvermögen ("ken-vermogen") und einer Willensfreiheit ("wils-vrijheid") von Natur aus begabt sei. Dieser einfache Sachverhalt verkomplizierte sich in dem Augenblick, sobald ein Mensch in eine Situation gerät, in welcher eines dieser Elemente in irgendeiner Wei-

1) Schooneveld, Het Wetboek van Strafrecht, S.1, Nr.3:
"de grondslag der interpretatie"

2) mit diesem Begriff wird heute der Notstand als Oberbegriff bezeichnet

3) van Deinse, De algemene beginselen van strafrecht, S.119

se beeinflußt oder ausgeschaltet wird und der Mensch so aus seinem Normalzustand herausfällt.¹⁾ Maßgeblich für die overmacht wurde damit die P s y c h e des Täters. Ganz entsprechend der Unterscheidung zwischen "force physique" und "contrainte morale"²⁾ gliederte auch van Deinse die overmacht auf in vis absoluta ("ligchamelijk geweld" (vis physica)) und vis compulsiva ("zedelijk geweld" (vis moralis)). Unter der physischen Gewalt verstand er alle Umstände, die jemanden daran hindern, sich so zu verhalten, wie er sich ohne diesen Umstand verhalten hätte. Die psychische Gewalt sah er in Umständen, die den Täter in seiner Verhaltensweise durch Einfluß auf sein sittliches Empfinden beeinträchtigen (z.B. Zwang, Drohung, Furcht oder Befehl).³⁾ Eine genaue Definition des psychischen Zwangs hielt van Deinse für unmöglich, aber er stellte einige Richtpunkte auf, die ihm für eine straflose Overmachtstat unerläßlich schienen.

(1) Es mußte sich um eine e c h t e Gefahr handeln, die nicht nur in der Vorstellung des Täters bestehen durfte. Den "Putativnotstand" schloß van Deinse damit aus. Diese Praemisse ist allerdings inkonsequent. Denn wenn van Deinse bei der overmacht nur auf die Psyche des Täters abstellte, durfte es keinen Unterschied machen, ob die Konfliktsituation im Täter durch eine reelle Gefahr oder durch Einbildung entstanden war.

(2) Die Gefahr mußte dem Täter aus seiner Sicht u n - m i t t e l b a r b e v o r s t e h e n ;

(3) sie mußte außerdem für ihn u n a b w e n d b a r sein, d.h. sie durfte nicht auf anderem Wege zu beseitigen sein.

(4) Die drohende Gefahr mußte eine S t ä r k e erreicht

1) van Deinse, aaO S. 81, 82

2) s.o. 1 b, S.138

3) van Deinse, aaO S. 119, 120

haben, welche die Widerstandskraft eines Durchschnittsmenschen, ihr entgegenzuwirken, versagen läßt.

Mit diesem letzten Erfordernis wollte van Deinse einen Maßstab setzen, wie weit er dem einzelnen Menschen ein Bestehen der Notstandslage zumuten kann. Dabei wollte er weder Kleinmut schützen, noch ein außergewöhnliches Heldentum verlangen¹⁾. Diese Relativierung des unwiderstehlichen Zwangs wurde allerdings in einem sehr engen Rahmen vorgenommen, wie die Rechtsprechung aus jener Zeit zeigen sollte.

Auf den Gedanken, Art. 64 CP erweiternd auszu-legen, um mit dieser Vorschrift nicht nur die contrainte sondern den Notstand allgemein zu erfassen, ist damals weder die Rechtsprechung noch das Schrifttum gekommen. Man war damals offensichtlich zu sehr mit der Schaffung eines neuen Strafgesetzbuchs befaßt und für eine vorbehaltlose Übernahme des französischen Rechts für eine vorübergehende Zeit eher bereit, als sich dogmatisch mit den einzelnen "ausländischen" Vorschriften aufzuhalten. Gegenüber der kurzen Geltungsdauer des Art. 24 CW wurde der Notstand dann aber in Art. 64 CP lange Zeit eingeschränkt.

b) Die overmacht in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hatte sich in jener Zeit nur wenig mit dem Art. 64 CP zu befassen. Dies mag u.a. daran gelegen haben, daß die Chance für einen Freispruch oder eine Einstellung des Verfahrens mit Rücksicht auf die französische Rechtsprechung²⁾ zu Art. 64 und 65 CP für den Angeklagten sehr gering war³⁾.

Hier sei die bereits zitierte Entscheidung des H.R.⁴⁾ angeführt, nach deren Sachverhalt Bauern einen Polderdeich

1) van Deinse, aaO

2) s.o. I, e, S.171

3) so Bronkhorst, Overmacht in het strafrecht, S. 138

4) s.o. I, 5 a; H.R. Urt.v. 30.9.1845, W. 1845, Nr.657

durchstoßen hatten, um eine Überflutung ihrer Felder und Ländereien zu verhindern. Da die beschuldigten Bauern sich u.a. auch auf Notwehr berufen hatten, nahm das Gericht zunächst zu dieser Frage Stellung. Es verneinte Notwehr, da jeglicher Angriff gegen eine Person, den es abzuwehren gegolten hätte, fehlte. Die weitere Frage, ob die Beschuldigten die Deiche auf Grund eines Notstandes durchstechen durften, beurteilte das Gericht ganz unter dem Gesichtspunkt des psychischen oder moralischen Zwangs. Die Furcht, die bei den Betroffenen entstanden war, einen größeren Schaden an ihren Besitzungen erleiden zu müssen, hielt der Hoge Raad *n i c h t* für einen Zwang, dem man nicht hätte widerstehen können.¹⁾ Dieser restriktiven Auffassung entsprach genau die Zurückhaltung der französischen Jurisprudenz und Wissenschaft gegenüber der Frage, ob eine *V e r m ö g e n s* gefährdung mit einer *E x i s t e n z* gefährdung gleichzubehandeln war.²⁾ Das *V e r m ö g e n* war nach niederländischer wie nach französischer Rechtsprechung *n i c h t* notstandsfähig.

Zum Problem des Befehlsnotstandes hatte der H.R. in dem bekannt gewordenen "Velsener Fall" Stellung genommen³⁾. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine 42-jährige Arbeiterin und ein 41-jähriger Bauer hatten gemeinschaftlich in Velsen ein Gebäude in Brand gesteckt, in dem sich Menschen aufhielten. Während sie das Haus anzündete, drang er in die Wohnung ein und ging auf den Hausbewohner zu und fügte ihm mit einem Säbel schwere Verletzungen zu, die ihn 20 Tage arbeitsunfähig machten. Bei dem Opfer handelte es sich um einen gewissen "Marrs", einen Engländer, der bei einem englischen Unternehmen Grabungsarbeiten für den Bau des Nordseekanals übernommen hatte. Da sowohl die Bevölkerung wie die Justizbehörden sich mit Marrs nicht vertrugen, entstand eines Tages ein Volksauflauf um sein Gebäude. Dabei hatte sich der Staatsanwalt gegenüber einigen Bewohnern von Velsen

1) H.R. aaO

2) s.o. 1 b S.138 und e, S.171

3) H.R. Urt.v. 22.10.1867, W.1867, Nr.2945 mit krit. Anm. von de Pinto, W.1867, Nr.2946, S.1, 2

leichtsinnigerweise in einer Art geäußert, die so zu verstehen war, daß die Justizbehörde den Marrs gerne, wie auch immer tot oder lebendig, gefangen haben wollte, und daß er (der Staatsanwalt) nichts dagegen einzuwenden hätte, wenn das Haus des Marrs und seine ganze Habe in Brand gesteckt würden. Diese Äußerung nahmen die Angeklagten dann zum Anlaß, jene schwere Brandstiftung vorzunehmen.

Die Angeklagten beriefen sich zu ihrer Entlastung darauf, daß der Staatsanwalt die Brandstiftung befohlen und die Auslieferung des Marrs an die Polizei tot oder lebendig angeordnet habe. Ihr Tun sei deshalb gerechtfertigt gewesen.

Der Hof van Noord Holland (als Vorinstanz) hatte die Angeklagten freigesprochen.¹⁾ Das Gericht war der Argumentation der Angeklagten gefolgt und sah es als maßgeblich an, daß durch jene Äußerungen des Staatsanwalts bei den Angeklagten die Vorstellung entstanden war, daß die Brandstiftung befohlen und damit erlaubt war.²⁾ Das gleiche nahm es für die Körperverletzung an Marrs an, welche nur auf die "Anordnung", Marrs lebendig oder tot gefangen zu nehmen, erfolgt war. Die Angeklagten hatten nach Ansicht des Gerichts ohne Schuld gehandelt, da ihnen ein vorwerfbarer Willen, Unrecht zu tun, gefehlt habe.³⁾

Ob es sich um einen echten Befehlsnotstand oder um einen Putativnotstand gehandelt hat, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls war das Gericht davon ausgegangen, daß den Tätern ein strafbarer "moedwil" (Mut-Wille; Vorsatz) gefehlt hatte. Diese Vorstellung, daß die - hier durch einen "Befehl" ausgelöste - Zwangslage den Vorsatz bei den Tätern ausgeschlossen hatte, erinnert ganz an die Argumentation im Berufungsurteil der Cour d' Amiens in der Sache "Ménard".⁴⁾

1) Urt.v. 18.6.1867, W.1867, Nr.2946, S.2

2) s.u. V

3) "... daß unter diesen Umständen bei den beiden letzten Beschuldigten nicht davon ausgegangen werden kann, daß sie mit dem nach dem Gesetz erforderlichen strafbaren Vorsatz (moedwil) gehandelt haben, um sie für die begangenen Taten als verantwortlich, d.h. schuldig anzusehen," aaO S.3

4) s.o. 1 c (5), S.154

Ganz anders allerdings urteilte über diesen Fall dann der Hoge Raad als Kassationsgericht. Zunächst hatte der HR über eine prozessuale Frage zu entscheiden. Der Reichsstaatsanwalt Römer hatte in seinem Plädoyer die Kassation für unzulässig befunden.¹⁾ Gegen einen Freispruch war nämlich die Kassationsbeschwerde unzulässig.²⁾ Die Feststellung des Tatsachengerichts, daß die Angeklagten ohne Vorsatz gehandelt hatten, betrachtete er als eine für das Kassationsgericht bindende Tatsachenfeststellung. Der HR hielt die Kassation dennoch für zulässig. Er ging davon aus, daß der Freispruch des iudex facti nicht auf dem fehlenden Nachweis, daß die Angeklagten ohne Vorsatz gehandelt hatten, d.h. dem fehlenden Nachweis der tatsächlichen Geschehnisse beruhte, sondern in Wahrheit aus anderen, nicht in der Tatsachenfeststellung liegenden Umständen hergeleitet wurde, nämlich der fehlenden Zurechenbarkeit bzw. Nichtvorwerfbarkeit.³⁾ Dann aber konnte kein Freispruch sondern nur eine sog. "Entlassung aus der Rechtsverfolgung" ("ontslag van alle rechtsvervolgung")⁴⁾ erfolgen. Ein Freispruch war nämlich nur möglich, wenn der Nachweis nicht erbracht war, daß der Täter die Tat *n i c h t b e g a n g e n* hat. War hingegen die "Tat *n i c h t s t r a f b a r*"⁵⁾ (z.B. aus rechtlichen Gründen), so wurde der Angeklagte aus der Strafverfolgung entlassen; ein Freispruch erging dann jedenfalls nicht.⁵⁾ Bei der "Entlassung aus der Rechtsverfolgung" handelt es sich um eine Art "Einstellung" des Verfahrens durch Urteil⁶⁾ oder "Freispruch" aus rechtlichen Gründen. Gegen dieses Urteil ist - im Gegensatz zum Freispruch "aus tatsächlichen Gründen" - die Kassationsbeschwerde zulässig.⁷⁾ Nicht maßgeblich ist, wie das Tatsachengericht seine Entscheidung bezeichnet hat. Das Kassationsgericht konnte (und kann)⁸⁾ selber

1) W.1867, Nr.2945, S.1

2) vergl. Simons, Wetboek van strafvordering, 3.Aufl. Haarlem 1901, S.223; heute befindet sich diese Regelung in Art.430 Sv

3) W.1867, Nr.2945, S.1

4) Art.210 Sv von 1838; vergl. Simons, aaO S.181

5) s. FN 4

6) Simons, aaO S.180 ff

7) Simons, aaO S.224

8) vergl. van Bemmelen, Strafvordering, S.494 ff (496)

prüfen, ob die Entscheidung des vorinstanzlichen Gerichts einen Freispruch darstellte oder aber eine Entlassung aus der Rechtsverfolgung. Hatte das Tatsachengericht freigesprochen, unterblieb aber eine Verurteilung in Wahrheit nur deshalb, weil die Tat nicht strafbar war, so liegt eine "verdeckte Entlassung aus der Rechtsverfolgung" vor, gegen die die Kassationsbeschwerde - unbeschadet der Bezeichnung des Urteils als "Freispruch" - nach ganz h.M. zulässig war und ist.¹⁾

Der HR nahm im vorliegenden Fall eine "verdeckte Entlassung aus der Rechtsverfolgung" an und erklärte folglich die Kassationsbeschwerde für zulässig.

In der Sache entschied der HR dann ganz in der Manier der französischen Gerichte der damaligen Zeit. Durch Art. 65 CP²⁾ sah er sich daran gebunden, auf Straffreiheit nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen erkennen zu können. Die Voraussetzungen des Art. 64 CP erachtete er nicht für gegeben. Das Gericht wertete die durch die "Befehle" jenes Staatsanwalts bei den Angeklagten entstandene innere Zwangssituation nicht als derart gravierend, daß diese ihr nicht hätten widerstehen können. Ihnen sei bewußt gewesen, daß Brandstiftung und Körperverletzung strafbar sind. Sie hätten auch gewußt, daß der Staatsanwalt eine Anweisung, derartige Straftaten zu begehen, nicht erteilen durfte, und hätten sich daher einer solchen Weisung widersetzen müssen, zumal sie nicht unter der Befehlsgewalt jenes Staatsanwalts gestanden hätten. Nach Ansicht des HR hatten die Angeklagten darum mit f r e i e m Willensentschluß gehandelt.

Den Angeklagten verurteilte der HR zum T o d e , "auszuführen auf einem der öffentlichen Plätze innerhalb der Gemeinde s'Gravenhage ..." ³⁾ , die Angeklagte erhielt eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren Zuchthaus.

De P i n t o kritisierte dieses harte Urteil in seiner Anmerkung hierzu sehr scharf.⁴⁾ Er sprach sich entschieden für eine B e g n a d i g u n g durch den König aus, und

1) vergl. Simons, aaO S.224

2) s.o. 1, S.134 FN 2

3) HR, Urt.v. 22.10.1867, W.1867, Nr.2945 S.2

4) de Pinto, W.1867, Nr.2946, S.1 u.2

aus seiner Überzeugung in seinen Zeilen ist zu entnehmen, daß die Begnadigung wohl auch erteilt worden ist ("das k a n n , aber das w i r d zum Glück nicht geschehen"). An den König appellierte er: "Die Justiz hat ihre Pflichten erbracht. Der König soll (nun) wissen, was er zu tun hat."¹⁾ Dem HR warf de Pinto vor, daß er über Schuld und Strafe entschieden habe, obschon er nur an Hand der Papiere urteilen und sich nicht ein Bild von den Angeklagten persönlich sowie der tatsächlichen Gegebenheiten machen konnte. Er hätte - entsprechend dem Votum des Reichsstaatsanwalts Römer - die Kassation gar nicht annehmen dürfen.

Wie das Urteil des HR zeigt, war zur Zeit der "Velsener" Entscheidung die Annahme eines außer- oder übergesetzlichen Strafausschließungsgrundes (übergesetzlicher Notstand) nicht denkbar. Durch Art. 65 CP war hier eine unüberwindbare Schranke gesetzt.

(Der Streit darüber, ob bei Vorliegen von overmacht die Strafverfolgung ausgesetzt werden mußte, weil ein Strafausschließungsgrund vorlag, oder ob ein Freispruch zu ergehen hatte, weil der Vorsatz als Teil des Tatbestandes fehlte, hatte seinen Grund darin, daß man sich damals nicht einig war, ob der Vorsatz deskriptiv oder normativ zu verstehen ist, d.h. ob er den Tatbestand näher beschreibt oder das Unrechtmäßige der Tat bewertet.²⁾ War der Vorsatz als reines Tatbestandsmerkmal anzusehen, dann mußte bei seinem Fehlen der Tatbestand entfallen mit der Folge eines Freispruchs. Als Schuldmerkmal hingegen konnte bei seinem Fehlen nur eine Entlassung aus der Rechtsverfolgung erfolgen).

1) de Pinto, W.1867, Nr.2946, S.2

2) vergl. Bronkhorst, Overmacht, S.143

Zweiter Abschnitt: Der strafrechtliche Notstand seit 1886 bis zur Gegenwart.

IV. Die Gesetzgebung und die Rechtsprechung seit Geltung des niederländischen Strafgesetzbuchs zu Art. 40 Sr.

Nach dem Inkrafttreten des neuen, eigenständigen Strafgesetzbuchs für die Niederlande im Jahre 1886 ist es von besonderem Belang festzustellen, inwieweit durch die Neuformulierung der "overmacht" in Art. 40 Sr¹⁾ die Rechtsprechung und Literatur von Art. 64 CP mit Rücksicht auf dessen bisherige Geltung beeinflusst worden ist. Dabei wird auch auf die Motive des Gesetzgebers abzustellen sein.

1. Die Gesetzgebung.

Zunächst muß danach gefragt werden, was der Gesetzgeber mit der neuen Formulierung der overmacht in Art. 40 Sr beabsichtigt hat. Der neue Artikel hat mit der bisherigen Formulierung in Art. 64 CP²⁾ nur noch wenig gemein. Es fällt sofort auf, daß die neue Vorschrift mit ihrem ganz knappen Wortlaut einen viel weiteren Anwendungsbereich zuläßt, als dies bei Art. 64 CP der Fall war. Während Art. 64 CP von der "contrainte" als "une force à laquelle il n' a pu résister" ausging, spricht der jetztige Artikel 40 Sr einfach nur noch von "overmacht"; er verzichtet auf jede Definition. Man könnte annehmen, daß sich der Gesetzgeber damit bewußt von der alten, bis 1886 in den Niederlanden herrschenden contrainte-Lehre abwenden und den Gerichten eine großzügigere Handhabung des Notstandsbegriffs bieten wollte. Doch darf nicht übersehen werden, daß der Begriff "overmacht" keine Neuschöpfung des Gesetzgebers von 1886 war, sondern bereits viel früher in der Gesetzgebung,

1) Art.40 Sr: "Nicht strafbar ist, wer eine Tat begeht, zu der er durch einen übermächtigen Einfluß (overmacht) gedrängt wird" (Übersetzung von Schaffmeister, Das niederländische Strafgesetzbuch, S.76) = "Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen."

2) s.o. III, 1, S.133 FN 4

nämlich zu einer Zeit der "Hochblüte" der französischen contrainte-Lehre aufgetaucht war. Eine genauere Analyse erscheint daher erforderlich.

a) Die französische Umschreibung in Art. 64 CP für den unwiderstehlichen Zwang (une force à laquelle il n' a pu résister) ist in der offiziellen Übersetzung in die niederländische Sprache in der kaiserlichen Druckerei von 1811 mit dem e i n e n Wort "overmacht" zum Ausdruck gebracht worden ("... oder wenn er durch overmacht gezwungen wird")¹⁾. Diese Übersetzung sollte naturgemäß nur eine Verständigungshilfe sein, den Inhalt des Code Pénal aber selbstverständlich nicht beeinflussen²⁾. Nach der Rechtsprechung durfte die offizielle Übersetzung von den Gerichten zur jeweiligen Fallentscheidung herangezogen werden, doch mußte sich der Richter in Fällen, in denen die Übersetzung sprachlich ungenau war, genau an den französischen Text halten³⁾. Demgemäß erhielt der overmachts-Begriff seit dem Jahre 1811 von amtlicher Seite die enge Bedeutung des unwiderstehlichen Zwangs im Sinne von Art. 64 CP. Auch in späterer Zeit blieb dieses overmachts-Verständnis erhalten. Art. 64 des Entwurfs zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1839 bestimmte den Notstand fast wörtlich wie die amtliche Übersetzung von 1811 und verwendete im gleichen Sinne den Begriff "overmacht" ⁴⁾. Man hatte sich damals bewußt an den französischen Art. 64 CP gehalten⁴⁾. Ebenso tauchte in Art. 67 E 1849 der Begriff "overmacht" wieder auf⁵⁾, der gegenüber dem Vorentwurf keine inhaltliche Änderung erfahren hatte. Schließlich nahm die MvT auf jenen Art. 67 E 1849 als Vorbild für den heutigen Art. 40 Sr ausdrücklich Bezug.⁶⁾

-
- 1) "... of wanneer hij door overmagt gedwongen werd"; s.o. II,2 S.125
 - 2) vergl. Schooneveld, aaO S.1; van Deinse, aaO S.55 Anm.2
 - 3) Bronkhorst, aaO S.11
 - 4) s.o. II,2 S.124 ff
 - 5) s.o. II,3 S.126 ff
 - 6) Smidt, Wetboek van Strafrecht, Bd.I, Art. 40, S.376

Diese geschichtliche Entwicklung des overmachts-Begriffs läßt nach allem eher darauf schließen, daß der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffs "overmacht" das bisherige "contrainte"-Verständnis übernehmen und damit der Rechtsprechung den von ihr selbst begonnenen Weg zuweisen wollte.

b) Es kommt hinzu, daß die MvT selber die overmacht definierte als "... jedwede Kraft, jedweder Drang, jedweder Zwang, gegen den man keinen Widerstand aufbringen kann."¹⁾ Der Bezug auf den unwiderstehlichen Zwang des Art. 64 CP wird hier offensichtlich.²⁾

Auch die Protokolle bestätigen diese Auffassung. Die Kommission zur Aufstellung eines neuen Strafgesetzbuchs war nach den Protokollen einstimmig der Auffassung, daß overmacht und Zwang als Ursache der Unzurechnungsfähigkeit mit der in Art. 64 CP erfolgten Umschreibung alle Zustimmung verdiene.³⁾ Das Gesetz meinte damit, wie die Protokolle weiter berichten, sowohl physischen wie moralischen Zwang. Die deutsche Bestimmung des § 52 RStGB bzw. NDB wurde hingegen abgelehnt, da eine Vorschrift, die Gewalt gegen Leib und Leben, die sich gegen den Täter oder dessen nahe Angehörige richten müsse, zu eng sei.³⁾ Demnach ist auch den Protokollen nichts weiter als ein Hinweis auf die alte contrainte-Lehre mit der Unterscheidung von contrainte physique und morale zu entnehmen.

1) Smidt, aaO ("elke kracht, elke drang, elke dwang, waaraan men geen weerstand kan bieden")

2) s.o. III, 2, S.181

3) Protokolle, Teil 1, S.81

c) Ähnlich wie bei der Entstehung der §§ 52, 54 RStGB in Deutschland¹⁾ setzte sich der Gesetzgeber des niederländischen Strafgesetzbuchs von 1886 weniger mit der bisherigen contrainte-Regelung des Art. 64 CP als vielmehr mit der Bestimmung über die Unzurechnungsfähigkeit ("démence") kritisch auseinander. Mit Rücksicht auf den inzwischen eingetretenen Entwicklungsstand in der medizinischen Wissenschaft wurde der Begriff "krankzinnigkeit" (= démence, Blödsinn) als zu eng empfunden. Außerdem fehlte der Bezug zwischen der einzelnen Straftat und der (dauernden oder vorübergehenden) Störung des Geisteszustandes. Wie es bereits in dem Entwurf von 1859 erfolgt war, sollte daher nach deutschem Vorbild die Unzurechnungsfähigkeit einer gesonderten Vorschrift vorbehalten und von der "overmacht" getrennt werden. Die Unzurechnungsfähigkeit sollte damit gegenüber der overmacht eine eigenständige¹⁾ Bedeutung erhalten. Der niederländische Gesetzgeber nahm sich in Art. 37 Sr, worin er die Unzurechnungsfähigkeit geregelt hat, die seinerzeit sehr moderne und ausführliche Vorschrift des deutschen § 51 RStGB zum Vorbilde.²⁾

Die Trennung von "overmacht" und "Unzurechnungsfähigkeit" hatte demnach immerhin zur Folge, daß die overmacht s e l b s t ä n d i g neben der Unzurechnungsfähigkeit stand. Nachdem der overmacht gewissermaßen ein "Eigenleben" verliehen war, stand ihrer potentiellen contrainte-unab-

1) s.o. Teil 2 III,1 S.64; vergl. Bronkhorst, aaO S.9

2) Bronkhorst, aaO S.8

hängigen Auslegung nichts mehr im Wege. Doch reicht der Umstand, daß overmacht und Unzurechnungsfähigkeit voneinander getrennt wurden, nicht aus, um dem Gesetzgeber damit bereits unterstellen zu können, er habe sich von der alten contrainte-Lehre trennen wollen.

d) Liest man die Motive zu Art. 40 Sr weiter, wird man vor die Frage gestellt, ob es wirklich nötig sei, die nähere Beschreibung der overmacht im G e s e t z auszusprechen. Die MvT hielt dies für unnötig, da dieser Begriff aus sich selbst heraus verständlich sei. Deshalb wurde jede nähere Umschreibung der overmacht vermieden.¹⁾ Darüber, wie dieses Selbstverständnis der overmacht aussehen sollte, drückte sich der Gesetzgeber nicht klar aus. Sollte der Begriff "overmacht" gleichbedeutend sein mit dem bisherigen, seit 1811 geprägten Verständnis hierüber, sollte er also - was die Formulierung der MvT vermuten läßt - auf die contrainte l i m i t i e r t sein? Oder sollte die contrainte nur ein selbstverständliches Beispiel der overmacht sein, der Begriff also mit der Möglichkeit auch anderer Auslegung e x p l i k a t i v e n Charakter haben?

(1) Hier muß zunächst noch angemerkt werden, daß die MvT als solche in erster Linie nicht die Motive des eigentlichen Gesetzgebers (Parlament) sondern der Regierung wiedergibt. Sie erläutert den ursprünglichen Regierungsentwurf (O.R.O.), nicht den Gesetzestext.²⁾ Im Wesentlichen stimmte aber der Regierungsentwurf mit dem Wortlaut von Art. 40 Sr überein. Art. 50 O.R.O. hatte folgenden Wort-

1) "... Ist es wirklich nötig, diese Wahrheit mit Art.64 des französischen und Art.71 des belgischen Code Pénal im Gesetz auszudrücken, den aus sich selbst verständlichen Begriff demnach gesetzlich zu umschreiben? Diese Frage muß verneint werden, und daher muß nach dem Vorbild von Art.67 Buch I E 1847 jede nähere Umschreibung des Begriffs overmacht vermieden werden,"
MvT Smidt, aaO S.376

2) vergl. Bronkhorst, Overmacht, S.1

laut:

"Nicht strafbar ist derjenige, der eine Tat infolge von overmacht begeht." 1)

Art. 40 Sr unterscheidet sich von Art. 50 O.R.O. nur darin, daß in ersterem der Täter durch overmacht " g e - d r ä n g t " sein mußte. Diese Redaktionelle Änderung war auf einen Hinweis des Sprachgelehrten de V r i e s erfolgt, der darauf aufmerksam gemacht hatte, daß die Formulierung "infolge von overmacht" sprachlich sowohl bedeuten konnte, daß sich die overmacht auf den Täter selber bezieht, wie auch, daß sie sich auf denjenigen beziehen kann, der den anderen nötigt, eine Tat zu begehen.²⁾ De Vries schlug daher vor, "durch overmacht g e d r ä n g t " zu schreiben, um damit klarzustellen, daß overmacht die Bedeutung hat, daß der Täter von einer a n d e r e n Person genötigt wurde, die Straftat zu begehen.³⁾ Auf diesen Vorschlag ist dann der Gesetzgeber eingegangen.

In diesem Zusammenhang hatte es de Vries auch vorgezogen, im Gesetz nicht "gedwongen" (von zwingen) sondern "gedrongen" (von drängen) zu schreiben, weil der overmachts-Begriff sonst zu eng würde. Denn der in der overmacht mitumfaßte Fall der unwiderstehlichen psychischen Gewalt werde von dem Begriff "gedrongen" miterfaßt, während "gedwongen" nur auf die physische Gewalt schließen lasse.⁴⁾

Diese Änderung führte demnach nur zu einer grammatikalischen Klarstellung, nicht zu einer inhaltlichen Änderung.⁵⁾ Deshalb kann die MvT a u c h als Ausdruck des g e - s e t z g e b e r i s c h e n Willens angeführt werden.⁶⁾ Zu weit geht wohl der Versuch von Bronkhorst⁶⁾, an Hand eben dieser redaktionellen Änderung darauf schließen zu

1) Art. 50 O.R.O.: "Niet strafbaar is hij die een feit pleegt ten gevolge van overmagt."

2) vergl. Smidt, aaO S. 376, 377; Bronkhorst, aaO S. 5

3) Smidt, aaO S. 377

4) z. Teil a. A. Bronkhorst, aaO S. 6, 7; s. sogleich unten

5) aaO

können, daß d e s h a l b Art. 40 Sr nicht nur die contrainte im Sinne von Art. 64 CP sondern auch den weiteren Notstand mitumfasse. Die Anmerkung von de Vries zeigt ja gerade, daß die Änderung nur eine Klarstellung bedeuten sollte, und zwar gerade in dem Sinne, daß die overmacht den engen Fall der contrainte morale und physique erfassen sollte.¹⁾ Daran ändert es nichts, daß in Art. 40 Sr "gedrungen" und nicht "gedwongen" steht.

Die Frage, in welchem Umfang Art. 40 Sr den Notstand erfassen sollte, kann sich demnach nicht aus dem Verständnis des Wortes "gedrungen" sondern nur aus dem gesamten Begriff "overmacht" ergeben.

(2) Dem niederländischen Gesetzgeber war der über die contrainte hinausgehende Begriff des deutschen Notstandes bekannt, da er in der MvT ausdrücklich auf den "Nothstand" (§54 RStGB) hinwies²⁾. Sollte dies bedeuten, daß sich die overmacht nicht auf die contrainte zu beschränken brauchte? Der Gesetzgeber hat sehr wohl gesehen, daß es mit dem Notstand etwas besonderes auf sich hatte. Es schien sich weniger um psychischen Drang als vielmehr um "das Recht auf Leben des Individuums gegenüber allen möglichen Rechten anderer" zu handeln³⁾. Über den Notstand konnte man aber nach der MvT s c h w e i g e n , wenn man ihn im weiteren Sinne verstand und ihn nicht wie der deutsche Gesetzgeber in §52 RStGB auf Fälle der Gewalt gegen den Täter oder dessen nahe Angehörige beschränkte. Wer außer dem Fall der Notwehr aus einem unwiderstehlichen Selbst-erhaltungstrieb heraus oder zur Erhaltung der nächsten Angehörigen eine Straftat beging, um eine unmittelbar bevorstehende Lebensgefahr abzuwenden, konnte nach Meinung der MvT sittlich so stark gezwungen sein, daß er die Tat infolge von "overmacht" beging²⁾.

Es entsteht hier der Anschein, daß der niederländische Gesetzgeber den Notstand, soweit er den bisherigen con-

1) Smidt, aaO S. 377

2) MvT, Smidt, aaO S. 376

3) R Emmelink, Art.40, Anm.3, S.252

trainte-Begriff überschritt, einfach nicht kodifizieren sondern der Rechtsprechung überlassen wollte¹⁾. Dafür spricht auch der weitere Text der MvT, der den bisherigen Text damit fortsetzt, daß " h i e r " (d.h. bei der Abgrenzung zwischen overmacht und Notstand) die Grenzen zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem ganz von den Umständen des Einzelfalls abhängig sein sollten, und es deshalb ebenso gefährlich wie unnötig war, das freie Urteil des Richters durch gesetzliche Umschreibungen zu binden²⁾. Zieht man die Protokolle der Kommission zur Schaffung des neuen niederländischen Strafgesetzbuchs hinzu, so wird diese Vermutung bestätigt. Die Mehrheit dieser Kommission hielt es in der Sitzung vom 28. November 1870 nicht für nötig, eine Notstandsbestimmung nach deutschem Vorbilde in das Gesetz aufzunehmen. Die hierfür in Frage kommenden Fälle seien in der Praxis nicht vorgekommen oder haben zumindest keine Schwierigkeiten geboten. Man habe es "dabei"³⁾ mit einer " e x p l i k a t i v e n " Vorschrift, d.h. demnach also n i c h t abschließenden Regelung zu tun, die das Mißtrauen des Gesetzgebers in das von ihm selber formulierte Prinzip verrate und zugleich zu der Gefahr leite, daß der Richter daraus ein argumentum a contrario folgere.⁴⁾ Damit brachte die Kommission selber zum Ausdruck, daß sie eine gesetzliche Eingrenzung des Notstandes nicht wünschte, seine Anwendung dem Richter aber überlassen wollte.

Eine Einschränkung nahm die Kommission allerdings vor, indem sie unter Bezugnahme auf die bereits zitierte Entscheidung des H.R.⁵⁾, die sich mit dem unzulässigen Durchstechen der Polderdeiche befaßt hatte, den V e r m ö - g e n s notstand von der overmacht ausschloß⁶⁾. Notstandsfähig sollten danach nur die persönlichen Rechtsgüter wie Leib, Leben und Gesundheit sein.

1) so R Emmelink, Art.40, Anm.3, S.252

2) MvT, Smidt, aaO

3) gemeint ist der deutsche Notstand (§54 StGB NDB)

4) Protokolle, S. 82

5) Urt.v. 30.9.1845 W.1845, 657; s.o. I,5 a und III,2 b

6) Dieser Punkt blieb allerdings strittig, da Modderman mit Bezug auf das Handelsgesetzbuch das Überbordwerfen von Gütern in Not verteidigte, Protokolle, S. 82

Gegen den Vorschlag der Kommission, keine dem §54 RStGB entsprechende Notstandsregelung im Gesetz aufzunehmen, hatte sich der Vorsitzende J. de Wal ausgesprochen. Er wollte der overmachts-Vorschrift folgenden Absatz hinzufügen:

"Overmacht liegt vor, wenn die Tat für den Täter durch Umstände, die von seinem Willen unabhängig waren, völlig unvermeidbar war, um eine augenblickliche Gefahr von sich (selbst) oder einem anderen abzuwenden" 1)

Unter Bezugnahme auf den Entwurf von 1859 und die meisten deutschen Strafgesetzbücher hielt de Wal die Hinzufügung dieses Satzes für erforderlich, um zu verhindern, daß der Richter bei der Prüfung einer im Notstand (im weiteren Sinne) begangenen Straftat "overmacht" prüfte; in diesem Falle sollte die overmacht per legem bereits unterstellt sein. Es ging hier um das Recht auf Leben gegenüber allenmöglichen anderen Rechten anderer Personen²⁾. Nur durch eine derartige Vorschrift hatte man nach Ansicht de Wal's im G e s e t z eine Gewährleistung, daß z.B. der Diebstahl in Hungersnot nie mehr durch den Richter bestraft würde³⁾.

De Wal's Vorschlag wurde mit den Stimmen von François, de Pinto, Pols und Modderman abgelehnt. Allerdings wurde bestimmt, daß in der (amtlichen) Erläuterung (=MvT) - wie denn auch geschehen - aufgeführt werden sollte, daß der Notstand i. S. des deutschen §54 RStGB in der allgemeinen Vorschrift über overmacht inbegriffen sei.⁴⁾

Für die eingangs gestellte Frage, was der Gesetzgeber mit dem Begriff overmacht gemeint hat, ergibt sich nunmehr folgendes Resultat: Unter Berücksichtigung der Protokolle wollte der ursprüngliche Regierungsentwurf mit seiner Erläuterung in der MvT die overmacht als einen Rechtsbegriff verstanden wissen, der sich n i c h t auf den bisherigen contrainte-Begriff beschränkte - die contrainte war ihm

1) Protokolle, S. 81, 82

2) s.o. S.195 FN 3

3) Protokolle, S. 82

4) Protokolle, S. 83

selbstverständlich -, sondern auch den Notstand zumindest in dem Umfang des deutschen §54 RStGB erfaßte.

Wie den Protokollen zu entnehmen ist, wurde der Vorschlag de Wal's, eine dem §54 RStGB entsprechende Vorschrift¹⁾ in das Gesetz aufzunehmen, von der Mehrheit der Kommission nicht deshalb abgelehnt, weil sie eine Notstandsbestimmung nicht formulieren wollte, sondern weil sie davon ausging, daß der Notstand in dem Begriff "overmacht" bereits enthalten sei.²⁾

Mithin hat der niederländische Gesetzgeber trotz seiner mißverständlichen Erläuterung in der MvT, overmacht sei "jedwede Kraft, jedweder Drang, jedweder Zwang, gegen den man keinen Widerstand aufbringen kann"³⁾, und trotz der ursprünglichen Bedeutung des Begriffs overmacht nach der amtlichen Übersetzung des Art. 64 CP durch die kaiserliche Druckerei von 1811 und auch nach den späteren, niederländischen Entwürfen mit der "overmacht" in Art.40 Sr einen Begriff in das neue Gesetz eingeführt, der eine weitere Auslegung als die bisherige contrainte-Interpretation ("une force, à laquelle il n' a pu résister") gestattet. Darüber, wie weit die Auslegung reichen sollte, schwieg der Gesetzgeber bewußt. Der Rahmen sollte durch das freie richterliche Urteil ausgefüllt werden.

1) sein Vorschlag reichte über §54 RStGB noch insoweit hinaus, als er Nothilfe nicht nur zu Gunsten naher Angehöriger sondern zu Gunsten jeder dritten Person gestatten wollte.

2) Bei einzelnen Bestimmungen hatte der Gesetzgeber eigens eine Notstandsklausel eingefügt, z.B. in Art.436 Sr, wo die unerlaubte Berufsausübung "außer im Notfall" ("buiten noodzaak") unter Strafe steht; vergl. Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.266; dieselbe, TvS 57, 153 ff; Duynstee, TvS 53, 100

3) s.o. b, S.191 FN 1

2. Die Rechtsprechung.

Im folgenden soll nun untersucht werden, wie seit der Schaffung des neuen niederländischen Strafgesetzbuchs die overmacht von den Gerichten in den Niederlanden bestimmt und ausgelegt worden ist.

a) Die Rechtsprechung bis zum Jahre 1923 und die Entwicklung des "noodtoestand"

Verfolgt man die wenigen Entscheidungen des H.R. zu Art. 40 Sr, die er vor der bekannten "Optikerentscheidung" im Jahre 1923, die am Schluß dieses Kapitels zu besprechen sein wird, wird man, geweckt durch die vom Gesetzgeber neu eröffneten Möglichkeiten, enttäuscht sein: seine bisherige durch Art. 64 CP bestimmte Rechtsprechung hat er in dieser Zeit nicht geändert. Beim Lesen dieser Urteile wird man ganz in den Geist der traditionellen contrainte-Lehre versetzt und scheint dabei ganz zu vergessen, daß in den Niederlanden inzwischen ein neues Strafgesetzbuch mit einer neuen overmachts-Vorschrift in Kraft getreten ist.

In dem ersten Fall zu Art. 40 Sr nach dem 1. September 1886, den der H.R. zur Entscheidung vorgelegt bekam, ging es um unerlaubte Bettelei. Eine 75-Jahre alte, gebrechliche Frau, die sich durch eigene Arbeit nicht unterhalten konnte und im Wege der Armenhilfe eine wöchentliche Unterstützung von f. 0,50 erhielt, wurde dabei ertappt, als sie am 15. Februar 1887 an einer Wohnung in Veendam bettelte¹⁾. Das Bezirksgericht von Winschoten hatte als Vorinstanz die Frau aus der Strafverfolgung entlassen, weil sie auf Grund ihrer persönlichen Lage auf die Wohltätigkeit anderer angewiesen war und deshalb durch o v e r m a c h t zu dieser Tat gedrängt worden war.²⁾

1) H.R. Urt.v. 27.6.1887, W.1887, Nr.5449

2) Rb Winschoten, Urt.v. 25.3.1887, P.v.J. 1887, Nr.14

Der H.R. folgte der Rb nicht. Er ging davon aus, daß für eine Strafflosigkeit nach Art. 40 Sr eine an sich strafbare Handlung begangen sein mußte unter dem Einfluß einer Kraft, gegen die kein Widerstand aufgebracht werden kann. Hier hatte sich der H.R. ganz offensichtlich von der Definition im ersten Satz der MvT¹⁾ leiten lassen. Das Gericht nahm die alte contrainte morale zum alleinigen Maßstab für die Auslegung des overmachts-Begriffs. Die von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen: Alter von 75 Jahren, Gebrechlichkeit, Unfähigkeit, sich durch eigene Arbeit zu ernähren, und nur eine wöchentliche Armenrente von f. 0,50 - reichten dem H.R. nicht aus, der Angeklagten unterstellen zu können, sie habe unter einem unwiderstehlichen Drang gehandelt.

Zweifellos kann aus heutiger, m.E. aber auch aus damaliger Sicht dieser Entscheidung nicht gefolgt werden. Wie stark mußte denn der Hunger und die Existenznot sein, um jenem "geheimnisvollen Drang"²⁾ nicht mehr widerstehen zu können, damit man nach Ansicht des H.R. in den Genuß der Strafflosigkeit geraten konnte? Selbst wenn man aber davon ausginge, daß jene alte Frau dem Drang theoretisch hätte widerstehen können, so muß nach den gegebenen Umständen ihr Tun entschuldigt werden, weil sie in ihrer Existenz ernsthaft gefährdet war. Der H.R. schien auch die weitreichenden Gedanken des Gesetzgebers außer Auge gelassen zu haben. Denn wenn jemand in Hungersnot stehlen darf, kann ihm a maiore ad minore Betteln erst recht nicht verwehrt sein. Nach der Äußerung de Wal's, der sich die anderen Kommissionsmitglieder grundsätzlich nicht widersetzen³⁾, sollte es gerade nie mehr vorkommen, daß ein Richter einen Dieb, der in Hungersnot g e s t o h l e n hat, bestraft³⁾. Sollte dann etwa derjenige, der deshalb b e t t e l t e , bestraft werden?

Nach diesem Urteil erstaunt es auch nicht, wenn dann in

1) Smidt, aaO S.376; s.o. 1 b, S.191 FN 1

2) Bronkhorst, aaO S. 191

3) Protokolle, S. 82; s.o. 1 d (2), S.197

einem Fall eines Diebstahls aus Hungersnot die Rechtbank (Landgericht) von Amsterdam einen jungen Mann wegen Diebstahls verurteilte, der in ein Lager einer Großbäckerei eingedrungen war und aus einer mit einem Bindfaden umschlossenen Kiste zwei Korinthenbrötchen im Werte von 2¹/₂ Cent entnahm, um seinen nach zwei Tagen ohne Mahlzeit unerträglich gewordenen Hunger zu stillen.¹⁾ In einer Notiz zu diesem Urteil wurde ironisch bemerkt, daß das Gericht diesen Diebstahl mit drei Tagen Gefängnishaft ausreichend bestraft hat - eine Strafe "nun natürlich eine solche mit Wasser und Brot"²⁾.

Man beachte, daß zehn Jahre später in Frankreich die Sache "Ménard"³⁾ entschieden wurde, wo sogar Art. 64 CP der hungrigen Diebin zu helfen vermochte. Die niederländische Rechtsprechung hatte sich zu jener Zeit in einer Weise auf die contrainte morale versteift, die ihr jeden Zugang zu einer weiteren Sicht, geschweige denn zu einer Abwägung der beteiligten Interessen versperrte.⁴⁾

Opfer dieser Rechtsprechung wurde auch ein Straßenmusikant, der unerlaubt auf öffentlicher Straße musiziert hatte, um für sich Almosen zu empfangen. Er hatte hiermit gegen örtliche Vorschriften verstoßen. Der Richter hatte ihn aus der Strafverfolgung entlassen, aber das Berufungsgericht und schließlich der Hoge Raad verurteilten ihn⁵⁾. Die Armut, die den Straßenmusikanten auf die Straße getrieben hatte, hielt der H.R. nicht für ausreichend, um overmacht anzunehmen. Die Kassationsbeschwerde hielt der H.R. deshalb für unbegründet, weil die Vorinstanz zu Recht aus den gegebenen Umständen nicht gefolgert habe, daß der Musikant unter einem augenblicklichen psychischen Drang gehandelt habe, gegen den er keinen Widerstand bieten konnte.

1) Rb Amsterdam, Oktober 1888, P.v.J. 1888, Nr.119

2) P.v.J. 1888, Nr.122

3) s.o. III, 1 c (5) S.154 ff

4) s. Bronkhorst, aaO S.194; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S. 266, FN 2

5) H.R., Urt.v. 16.6.1913 W.1913, Nr.9513 = NJ 1913, 1080

Während des ersten Weltkrieges, an dem die Niederlande nicht beteiligt waren, hatte sich der HR mit einem Fall unerlaubter Ausfuhr von Waren zu befassen. Der Angeklagte hatte versucht, seinem Sohn, der bei dem niederländischen Feldlazarett zu Gleiwitz einen Röntgenapparat bediente, Gummihandschuhe und Gummischläuche als Infektionsschutz zuzusenden. Sowohl die Rechtbank wie der HR meinten, daß die dem Sohn des Angeklagten drohende Infektionsgefahr kein "augenblicklicher psychischer Drang, gegen den der Täter keinen Widerstand bieten kann", gewesen war. Der Angeklagte konnte sich somit nicht mit overmacht entschuldigen.¹⁾

Wenn auch der HR bis hinein in die Zeit nach dem ersten Weltkrieg hartnäckig an der contrainte morale festhielt, so zeichnete sich doch bereits am Ende des letzten Jahrhunderts allmählich eine Wende bei den u n t e r e n Gerichten ab.²⁾ Es trat hier eine ganz ähnliche Parallele ein wie in der französischen Rechtsprechung der 50-iger Jahre in unserem Jahrhundert.³⁾ Dort waren es zuerst die U n t e r g e r i c h t e , welche die contrainte-Schranke durchbrachen und den Blick auf den durch Moriaud geweiteten Horizont des état de nécessité richteten. Den ersten Schritt tat damals die Cour de Rennes⁴⁾, dem dann die Cour de Colmar folgte,⁵⁾ indem sie den "état de nécessité" ausdrücklich als "fait justificatif" bezeichnete.⁶⁾ Einige Jahre später ging dann auch die Cour de Cassation dazu über, den état de nécessité anzuerkennen und sich von der einseitigen contrainte-Dogmatik zu lösen.⁷⁾

In den Niederlanden begann die "Umkehr" in den 90-iger Jahren des letzten Jahrhunderts. Die Wende vollzog sich bei den U n t e r g e r i c h t e n in der Weise, daß

1) HR Urt.v. 30.4.1917, W.1917, Nr.10121 = NJ 1917, 624

2) vergl. Bronkhorst, aaO S.184 ff

3) s.o. III,1 e, S.171 ff

4) Urt.v. 12.4.1954, S.1954.II.185; s.o. III,1 e, S.171

5) Urt.v. 27.4.1956, JCP 1957.II.10041 und Urt.v. 6.12.1957, D.1958, 357

6) vergl. Koch, aaO S.127 ff

7) Urt.v. 25.6.1958, 694; vergl. Koch, aaO S.133 ff; s.o. III, 1 d und e, S.163 ff

man sich von der Vorstellung, Art. 40 Sr sei nur anwendbar, wenn ein unwiderstehlicher Zwang vorlag, löste, und nunmehr darauf abstellte, ob ein *ü b e r w i e g e n d e s I n t e r e s s e* zu schützen war. Ähnlich wie viele Jahre später in Frankreich konnte in den Niederlanden allmählich eine *o b j e k t i v e*, auf dem Abwägungsprinzip basierende Betrachtung Fuß fassen. Diese Notstandslehre erlaubte freilich noch keine Differenzierung, wann der Notstand nach objektiven und wann nach subjektiven Kriterien zu lösen war. Die Hinwendung zu einem weiteren Notstandsbegriff unter Anwendung des Güterabwägungsprinzips, die Lösung von der engen overmacht zum umfassenderen "*n o o d t o e s t a n d*" vollzog sich zunächst nur in vereinzelt Entscheidungen, in denen überdies von einer Abwägung noch gar nicht gesprochen wurde. Doch hatten sie sich bereits von der strengen overmachts-Lehre des H.R. abgekehrt, denn hätte man dessen Maßstab zur Beurteilung dieser Fälle herangezogen, hätte man die Angeklagten allesamt verurteilen müssen, da es sich hier nie um völlig unwiderstehliche Zwänge gehandelt hatte.

Den ersten Fall dieser Art entschied das Amtsgericht von Onderdendam¹⁾. Es sprach einen Seemann frei, der trotz Weisung eines zuständigen Beamten sein Schiff nicht verlegt hatte, weil dies eine akute Lebensgefährdung seiner an Bord befindlichen kranken Ehefrau bedeutet hätte.

Den nächsten Fall entschied das Amtsgericht von Groningen im Jahre 1894²⁾. Dem Angeklagten war vorgeworfen, er habe sich nach Ladenschluß in einer Schenke aufgehalten. Der Richter setzte ihn außer Strafverfolgung, weil in der Zeit, als sich der Angeklagte in der Schenke befand, ein heftiges Gewitter tobte, das für den Angeklagten gefährlich geworden wäre, wenn er das Lokal verlassen hätte.

Auch in der folgenden Zeit entschieden in ähnlicher Weise mehrere Untergerichte³⁾. Beachtung verdient hier eine

1) Urt.v. 30.1.1893, W.1893, Nr.6540

2) Urt.v. 22.9.1894, P.v.J. 1894, Nr.84

3) s. Bronkhorst, aaO S. 185 ff

Entscheidung der Rechtbank von Rotterdam aus dem Jahre 1913¹⁾, die einen Schritt weiter gegangen ist als die soeben genannten Entscheidungen. Anlaß zu diesem Urteil war ein gewöhnlicher Nachbarstreit. Der Nachbar des Angeklagten hielt in einem Käfig eine Amsel. Diesen Käfig pflegte er im Freien in unmittelbarer Nähe des Schlafzimmers des Angeklagten aufzuhängen. Bei jedem Morgengrauen hob die Amsel ein kräftiges Gezwitscher an, das den Angeklagten und seine Ehefrau regelmäßig aus dem Schlaf riß. Die Frau des Angeklagten, die an einer Herzkrankheit litt und nach ärztlicher Anweisung sehr viel Ruhe über Nacht benötigte, war durch dieses allmorgentliche Geräusch besonders betroffen. Nachdem der Angeklagte vergeblich versucht hatte, das Tier zu entfernen, und nachdem die Amsel gestorben war, der Nachbar sie aber sofort durch eine neue Amsel ersetzt hatte und sie ebenfalls an demselben Ort unterbrachte, bespritzte der Angeklagte die Amsel mit Jauge.

Das Gericht erwog zu Gunsten des Angeklagten, daß seine Furcht um die Gesundheit seiner Frau einen Drang darstellte, gegen den er keinen Widerstand zu setzen brauchte. Hier zeigt sich deutlich ein Riß in der bisherigen Vorstellung, daß der Drang unwiderstehlich sein muß. Die Rechtbank fügte ein normatives Element ein, indem sie die Frage des Widerstand-leisten-könnens von einer Wertung abhängig machte. Der konsequente nächste Schritt mußte dann zu einer Güterabwägung führen, da die von der Rechtbank vorgenommene Wertung sich ja an bestimmten Kriterien halten muß, die sie nur der Rechtsordnung entnehmen kann, wenn die Entscheidung nicht richterlicher Willkür ausgeliefert sein soll.

Diesen entscheidenden Schritt hatte bereits einige Jahre zuvor im Jahre 1907 die Rechtbank von Tiel unternommen²⁾. Ein Seemann hatte eine Schiffsfahrtsvorschrift übertreten, um einen sonst unvermeidbaren Zusammenstoß zu verhindern. Das Gericht wertete zu seinen Gunsten, daß er zur Vermeidung

1) Urt.v. 18.7.1913, NJ 1913, 1133

2) Urt.v. 21.3.1907, W.1913, Nr.8745

dung eines Zusammenstoßes "zweifelloso das überwiegende Interesse" bewahrt habe und deshalb keine Strafe verdiente¹⁾. In dieser Entscheidung wurde auch das Wort "nood-toestand" gebraucht.

Einige Jahre später entschied das Amtsgericht von Bergum über einen Bäcker, der seine Ehefrau hatte übermäßig arbeiten lassen, weil er auf Grund der allgemeinen Mobilmachung auf die Hilfe seines Sohnes verzichten mußte, er und seine Frau aber auf den Fortbestand der Bäckerei zu ihrer Existenz angewiesen waren. Unter Anwendung von Art. 40 Sr entließ der Richter den Bäcker aus der Strafverfolgung²⁾. Das Gericht führte aus, daß overmacht nicht nur dann vorliege, wenn der Täter auf Grund eines gegen ihn gerichteten Dranges in seiner Willensfreiheit nicht mehr frei war, sondern auch dann, wenn der durch die Befolgung der gesetzlichen Vorschrift entstehende Nachteil das damit kollidierende Interesse so weit "übertreffe", daß die Befolgung des Gesetzes von der betroffenen Person "redlicherweise nicht zu verlangen" war. Interessant an diesem Urteil ist, daß das Gericht nicht alleine die drohenden Nachteile gegeneinander aufwog, sondern darüber hinaus auch darauf abstellte, daß d a n n , nämlich bei dem Überwiegen des zu schützenden Interesses die Befolgung der Rechtsnorm r e d l i c h e r w e i s e nicht verlangt werden durfte. Dieses letzte Erfordernis versteht sich m.E. als ein Korrektiv zu der vorgenommenen Güterabwägung und erinnert stark an die moderne Notstandsvorschrift des deutschen §34 StGB 1975 , in der die nach Satz 1 vorzunehmende Interessenabwägung mit der in Satz 2 zum Ausdruck gebrachten Angemessenheitsklausel überprüft werden muß³⁾.

1) "Das Landgericht hält die Behauptung des Angeklagten für ausreichend, daß er unter den gegebenen Umständen genötigt war, um einen Zusammenstoß zu vermeiden, was zweifelloso das überwiegende Interesse war.", aaO

2) Urt.v. 8.6.1915, W.1915, Nr.9804 = NJ 1915, 720

3) Dreher-Tröndle, StGB §34, Rdnr.12; Jescheck, Lehrbuch, §33 IV, d , S. 291 f

Aus der Zeit des ersten Weltkrieges seien zuletzt noch zwei Entscheidungen des H.M.G. angeführt, die jeweils einen Fall echter Pflichtenkollision betrafen. Auch hier ließ das Gericht den Gesichtspunkt des unwiderstehlichen Zwangs völlig außer Betracht. Im einen Fall hatte ein Sanitätsoffizier unter Berufung auf seine ärztliche Schweigepflicht eine Dienstverweigerung begangen¹⁾. Im anderen Fall hatte ein Niederländer, der zugleich die französische Staatsbürgerschaft besaß, und sowohl von Frankreich wie von den Niederlanden zur Ableistung des Militärdienstes aufgefordert worden war, (nur) den französischen Aufruf befolgt und damit gegenüber den Niederlanden Desertion begangen²⁾.

In beiden Fällen sprach das Gericht aus, daß die Angeklagten sich zur Erfüllung der jeweils einen Pflicht frei entscheiden durften, da die jeweils zur Alternative stehende Pflichterfüllung nicht von erkennbar höherem Rang war. Maßstab war auch hier eine Güterabwägung - diesmal unter dem Gesichtspunkt der Pflichterfüllung bei Unterlassungsstraftaten.

Hätten die Gerichte alle diese Fälle mit der Lehre des unwiderstehlichen Zwanges, an der zu dieser Zeit der H.R. ja noch eisern festhielt, zu lösen versucht, so wäre es mit Sicherheit in allen diesen Fällen zu einer Verurteilung gekommen, da sich die Angeklagten ihren Notlagen durchaus hätten widersetzen k ö n n e n .

Wie es auch in Frankreich eine Weile dauerte, bis die Cour de Cassation den état de nécessité als Rechtfertigungsgrund anerkannte³⁾, nachdem die unteren Gerichte die Pionierleistung bereits vollbracht hatten, so dauerte es auch beim H.R. eine längere Zeit, bis er in zeitlichem Abstand nach den Untergerichten den "toestand van nood" ("noodtoestand") als einen Fall der overmacht anerkannte. Dies erfolgte in der berühmt gewordenen "Optiker-Entschei-

1) H.M.G. Urt.v. 26.11.1915, W.1915, Nr.9867 = NJ 1916, 72

2) H.M.G. Urt.v. 26. 2.1918. NJ 1919, 241

3) s.o. III, 1. e. S. 171

dung" vom 15. Oktober 1923¹⁾. Einem Optiker wurde vorge-
worfen, gegen eine örtliche Vorschrift über die Laden-
schlußzeit verstoßen zu haben. Ihn hatte nach Ladenschluß
ein Kunde aufgesucht, der im Sturm seine Brille verloren
hatte und ohne Brille oder Kneifer nichts sehen konnte.
In seiner Hilflosigkeit hatte er den Optiker aufgesucht.

Die Vorinstanzen (Kreis- und Bezirksgericht) hatten den Opti-
ker aus der Strafverfolgung entlassen. Hier verdient
bereits die Begründung der Rechtbank (Berufungsgericht)
Erwähnung, deren maßgeblicher Teil in der Begründung des
H.R. wiedergegeben ist²⁾. Auffallend ist, daß die Recht-
bank tunlichst darauf bedacht war, die Frage der overmacht
überhaupt nicht anzusprechen und Art. 40 Sr nicht zu er-
wähnen. Die schlechte Erfahrung mit der Rechtsprechung
des H.R. schien sie wohl dazu bewogen zu haben, das Pro-
blem von der contrainte morale zu verlagern, um nicht der
Gefahr ausgesetzt zu sein, die eigene Entscheidung vom
Kassationsgericht aufgehoben zu sehen. Das Gericht
sah den Angeklagten vor eine P f l i c h t e n k o l l i -
s i o n gestellt, wonach er auf der einen Seite gehalten
war, nach der festgelegten Ladenschlußzeit keine Kunden
mehr in seinem Geschäft zu empfangen, auf der anderen
Seite stand er als Optiker vor der "gesellschaftlichen
Verpflichtung", die "alleine von ihm zu erwartende Hilfe"
zu erteilen³⁾.

Diese Begründung erscheint nicht ganz unbedenklich, da
eine "gesellschaftliche Verpflichtung" als solche eine
Pflichtenkollision nicht auslösen kann⁴⁾, wenn sie nicht
R e c h t s p f l i c h t ist. Ob hier der Optiker rechtlich
zur Hilfeleistung verpflichtet war, mag nach dem ge-
schilderten Sachverhalt doch sehr fraglich sein. Eine dem
§330 c StGB entsprechende Vorschrift, die unterlassene

1) H.R. Urt.v. 15.10.1923, W.1923, Nr.11113 = NJ 1923, 1329

2) aaO

3) "... daß der Berufungsführer nicht strafbar ist, da es,
nachdem es für ihn feststand, daß der Zeuge de Grooth
ohne Brille oder Kneifer nichts sehen konnte und daher
in einem zwar nicht gefährlichen aber doch jedenfalls
sehr hilfsbedürftigen Zustand sich befand, eine für den
Angeklagten als Optiker gesellschaftliche Verpflichtung
war, eine nur von ihm zu erwartende Hilfe zu leisten", aaO

4) offengelassen in Rb Amst. Urt.v. 24.12.1947, NJ 1948,
Nr.478

Hilfeleistung unter Strafe stellt, gibt es im niederländischen Strafgesetzbuch nicht. Art. 450 Sr, ein Übertretungsdelikt, erklärt nur das Nichtheilfen bei unmittelbarer Lebensgefahr für strafbar, und zwar nur dann, wenn der Tod des Hilfsbedürftigen eintritt. Aber auch nach deutschem Recht wäre der Optiker nicht zum Einschreiten verpflichtet gewesen, da bei dem Kunden kein Unglücksfall vorlag. Wenn der Betroffene ohne Brille nicht sehen und sich nicht helfen konnte, so war dies jedenfalls kein Ereignis, das für ihn eine erhebliche Gefahr mit sich brachte¹⁾, wenn nicht noch weitere Umstände hinzutreten waren, die ihn in seiner Existenz bedroht hätten, wenn also m.a.W. nicht eine einfache Sehbehinderung sondern völlige Hilflosigkeit vorgelegen hätte. Hierfür gibt der Sachverhalt jedoch zu wenig Anhaltspunkte.

Es verwundert auch nicht, daß die Rechtbank die Kollisionslage zu Gunsten des Optikers damit zu lösen versuchte, indem sie nach alt bewährtem Vorbild hervorhob, daß der Optiker in einem unwiderstehlichen Maße zu seinem Tun gezwungen worden war. Hazewinkel-Suringa bemerkte hierzu in der der holländischen Sprache eigenen, blumigen Ausdrucksweise, daß die Rechtbank hier "doch noch einen echten overmachts-Schwanz angedreht habe"²⁾.

Der Generalstaatsanwalt T a k , der gegen dieses Urteil, das ja nur eine Entlassung aus der Strafverfolgung aussprach, Kassationsbeschwerde eingelegt hatte, erkannte jedoch jenes "overmacht - staartje" und hob in seinem Plädoyer hervor, daß die Rechtbank den Angeklagten in Wahrheit auf Grund von overmacht von aller Strafverfolgung freigestellt hatte, die Voraussetzungen der overmacht aber nicht vorlagen. Der Kunde, dem der Angeklagte geholfen hatte, sei keinem unwiderstehlichen Drang ausgeliefert gewesen, da er sich den Luxus habe leisten können, mit dem Auto zu fahren, und somit ruhig auch zu Hause die nächste Ladenöffnungszeit habe abwarten können.³⁾ T a k hielt overmacht nur

1) BGH St 3,66; 6,152; 11,135; RG St 75,71; s. Dreher-Tröndle, StGB § 330 c, Rdnr.3

2) "zo men ziet draaide de Rechtbank er toch nog een echt overmacht - staartje aan", Inleiding, S. 267

3) aaO NJ 1923, 1329

für gegeben, wenn die freie Willensbestimmung durch einen unmittelbaren Drang ausgeschaltet ist.¹⁾ Dabei ging Tak zu Recht davon aus, daß hier auch kein Fall einer Pflichtenkollision sondern eines Notstandes in der Form der Nothilfe vorlag.

Zur allgemeinen Überraschung folgte der HR seiner bisherigen und vom Staatsanwalt zitierten Rechtsprechung nicht, sondern trennte sich von der alten overmachts-Lehre. In seiner sehr kurzen Begründung verwarf der HR die von der Staatsanwaltschaft eingelegte Kassationsbeschwerde, weil der Vorderrichter dem gesetzlichen Begriff der overmacht, "der nach der Geschichte des Gesetzes auch den Notstand umfaßt, keine Gewalt angetan" habe.²⁾

Das Gericht begnügte sich mit dieser knappen Begründung, gleichwohl wies es der Rechtsprechung in den Niederlanden damit für die Zukunft einen neuen Weg. Im Gegensatz zu der vier Jahre später ergangenen Entscheidung des Reichsgerichts in Deutschland über die Rechtfertigung der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung³⁾ erlaubt die Entscheidung des Hoge Raad keine genaue Analyse darüber, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um Notstand annehmen zu können. Sie läßt jedoch folgende wichtige Schlüsse zu:

(1) Der Notstand als solcher ("noodtoestand", "toestand van nood") wird als Strafausschließungsgrund anerkannt.

(2) Der Begriff "Notstand" (noodtoestand) wird von dem gesetzlichen Begriff der "overmacht" umfaßt, ist somit ein U n t e r f a l l der overmacht. Der Begriff "toestand vab nood" (noodtoestand) tauchte beim HR hier zum ersten Mal auf. In der Rechtsprechung der Untergerichte wurde der Begriff bereits früher gebraucht;⁴⁾ auch von den Verteidigern wurde er immer wieder herangezogen.⁵⁾ Der Literatur war er ebenfalls früher bekannt (s.u.). In der MvT

1) NJ 1923, 1329

2) "...daß die Rechtbank unter den genannten festgestellten Umständen dem gesetzlichen Begriff der overmacht, der nach der Geschichte des Gesetzes auch den Notstand umfaßt, keine Gewalt angetan hat, so daß das Rechtsmittel nicht zur Aufhebung führen kann ...", aaO

3) RG St 61, 242 ff

4) z.B. Rb Tiel Urt.v. 21.3.1907, W.1907, Nr.8745; s.o.

5) vergl. Bronkhorst, aaO S.203

wurde bei Art. 40 Sr nur auf den deutschen "Nothstand" verwiesen. Seinen aethymologischen Ursprung dürfte der "noodtoestand" in dem deutschen "Notstand" haben, auf den ja auch die MvT hinweist (nood - toestand $\hat{=}$ Not - stand).

(3) Der noodtoestand als ein Fall der overmacht ergibt sich aus der Gesetzesgeschichte.

Weitere Schlüsse läßt die Entscheidung des H.R. sicherlich nicht zu. Es kann ihr insbesondere nicht entnommen werden, ob der H.R. durch eine Güterabwägung zu seinem Resultat gelangt ist. Auch die Frage, ob der Notstand rechtfertigenden oder entschuldigenden Charakter hat, oder ob er gar nach einer differenzierenden Methode zu lösen ist, bleibt offen. Durch die Bezugnahme auf die Gesetzesgeschichte wird aber jedenfalls deutlich, daß der noodtoestand über Art. 40 Sr zu lösen ist. Außerdem steht fest, daß der H.R. sich mit diesem Urteil von der bisherigen contrainte-Rechtsprechung gelöst hat; denn wäre er letzteren Weg gegangen, dann hätte er, wie der Staatsanwalt insoweit zu Recht gefordert hatte, die Entscheidung der Rechtbank aufheben müssen. Die Sehbehinderung hatte den Kunden des Optikers keineswegs in eine derartige Zwangslage versetzt, als daß er unausweichlich den Optiker nach Ladenschluß zweifelt hätte aufsuchen müssen. Der H.R. hatte in seiner Entscheidung - unausgesprochen - das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Ladenschlußzeit dem individuellen Interesse an einem unbehinderten und gefahrlosen Sehvermögen eines Sehbehinderten zurückgestellt. Der Optiker handelte nicht in einer echten Pflichtenkollision. Die Höherrangigkeit des konkreten Erhaltungsinteresses ergibt sich aus der s o z i a l e n Pflicht, dem behinderten Kunden auch nach Ladenschluß eine Brille zu verpassen¹⁾.

1) vergl. Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S. 267

b) Die Rechtsprechung seit der "Optiker - Entscheidung" von 1923

Seit der "Optiker - Entscheidung" aus dem Jahre 1923 ist der "noodtoestand" ein fester Begriff in der Rechtsprechung geworden¹⁾. Teilweise wird er ausdrücklich so genannt, teilweise wird er auch als "overmacht im objektiven Sinn" (overmacht in objectieve zin) bezeichnet; daneben taucht auch noch die "overmacht im subjektiven Sinn" (overmacht in subjectieve zin) oder einfach "overmacht" auf, die weiterhin ganz auf die psychische Zwangslage des Täters abstellt. Unter dem O b e r b e g r i f f der in Art. 40 Sr zum Ausdruck gebrachten overmacht erscheinen somit der auf dem Abwägungsprinzip beruhende noodtoestand und die auf den psychischen Konflikt des Täters abstellende overmacht. Damit nimmt die niederländische Rechtsprechung eine ähnliche Aufspaltung vor, wie es die deutsche Rechtsprechung seit RG St 61, 242 mit der Unterscheidung zwischen entschuldigendem und rechtfertigendem (damals übergesetzlichen) Notstand getan hat, und wie schließlich der deutsche Gesetzgeber in §§ 34, 35 StGB 1975 dementsprechend die Konsequenz gezogen hat.

Seit der Optiker - Entscheidung wollte zunächst allerdings noch nicht recht klar werden, wann die niederländische Rechtsprechung noodtoestand und wann overmacht annehmen wollte. Denn mit der Einführung des noodtoestand war die overmacht ja nicht verdrängt worden; sie existieren nebeneinander. Aber die Optiker - Entscheidung ließ nicht erkennen, wie die Aufteilung in noodtoestand und overmacht erfolgen sollte, und ob hier zwischen einem Rechtfertigungs- und einem Entschuldigungsgrund zu unterscheiden ist. Diese Unterscheidung bietet sich natürlich an, weil der noodtoestand nach dem objektiven Abwägungsprinzip geprüft wird (overmacht im objektiven Sinn) und demnach eine

1) H.R., Urt.v. 1.1.1948, NJ 1948, Nr.502; Urt.v. 14.12.1948, NJ 1949, Nr.550; Urt.v. 20.6.1950, NJ 1951, Nr.349; Urt.v. 13.2.1951, NJ 1951, Nr.371; Urt.v. 12.6.1951, NJ 1952, Nr.6; Urt.v. 24.3.1953, NJ 1953, Nr.591; Urt.v. 26.3.1957, NJ 1957, Nr.473; Bijz R.v.C., Urt.v. 10.1.1949, NJ 1949, Nr.541; Urt.v. 16.6.1951, NJ 1951, Nr.627; Rb Maastricht Urt.v. 28.12.1970, NJ 1971, Nr.175; Remmelink, Art.40, Anm.3, S.253

T a t - bezogene Wertung zum Ausdruck bringt, während die overmacht (im subjektiven Sinne) ganz T ä t e r - bezogen auf psychisch-subjektive Kriterien abstellen muß.

Eine Klärung dieser Frage in der Rechtsprechung erfolgte in der Entscheidung des H.R. vom 26. März 1957¹⁾.

Einer Wunderheilerin wurde in diesem Fall vorgeworfen, gegen Art. 436 Sr verstoßen zu haben, weil sie einen ärztlichen Beruf ohne Approbation ausgeübt hatte. In vier nachgewiesenen Fällen waren Patienten zu ihr gekommen, die sie durch Handauflegen behandelt hatte. Die Patienten waren zuvor jeweils in Behandlung von zugelassenen Ärzten, ohne daß jedoch eine Besserung eingetreten war. Durch das Handauflegen ist den Patienten angeblich geholfen worden. Zu ihrer Rechtfertigung berief sich die Angeklagte darauf, daß sich die Patienten in einer hilfebedürftigen Lage befunden haben, da sie anderswo nicht geheilt werden konnten. Sie habe aber die Patienten mit ihrer übernatürlichen Gabe heilen können und damit die erforderliche Hilfe geleistet. Zumindest habe sie niemandem Schaden zugefügt. Das Gesetz zur Regelung der Heilkunst könne sich zur heutigen Zeit nur noch gegen sog. "Quacksalber" richten. Zu ihrer Entschuldigung berief sich die Angeklagte desweiteren auf overmacht im engen Sinne (contrainte). Sie trug vor, daß sie eine derart starke innere Überzeugung von ihrer besonderen Begabung hatte und immer noch habe, daß diese sie zu ihrem Tun jeweils gezwungen habe.

Art. 436 Sr stellt die nicht zugelassene Ausübung eines ärztlichen Berufs unter Strafe, solange sie nicht "ohne z w i n g e n d e Gründe" erfolgt ist. Dieses Merkmal "ohne zwingende Gründe" ist nichts anderes als die legislatorische Aufnahme des Notstandes in einen einzelnen Tatbestand im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs²⁾. Die Worte "ohne zwingende Gründe" ("buiten noodzaak") waren in den Text von Art. 492 O.R.O. eingefügt worden, um eine Bestrafung solcher Fälle auszuschließen, in denen ein nicht

1) H.R. Urt.v. 26.3.1957, NJ 1957, Nr.473; vergl. auch H.R. Urt.v. 3.4.1951, NJ 1951, Nr.463 - ebenfalls ein Fall von Wunderheilung, in dem overmacht abgelehnt wurde; und Anmerkung Pompe zu NJ 1957, Nr.473

2) MvT zu Art.436, Smidt Wetboek v. S. Bd.III, S.227 ff

zugelassener Arzt zu einer dringend notwendigen Behandlung herbeigerufen wird, ein approbierter Arzt aber nicht zu erreichen ist¹⁾. Modderman war damals davon ausgegangen, daß in einem solchen Fall Art. 40 Sr nicht eingreifen könne, weil der herbeigerufene Arzt nicht einem unwiderstehlichen psychischen Drang ausgesetzt sei; er m ü s s e n i c h t helfen²⁾. Allerdings, so meinte Modderman, diene diese Hinzufügung nur der Klarstellung, da Art. 436 Sr ohnehin nur für die b e r u f s m ä ß i g e Ausübung des Arztberufs ohne Zulassung vorgesehen sei. Modderman widersprach sich jedoch selbst, da er noch als Mitglied der Staatskommission zur Schaffung eines neuen Strafgesetzbuchs am 28. November 1870 selber mit der Mehrheit dafür gestimmt hatte, daß in der MvT zum Ausdruck gebracht werden müßte - und dies dann auch völlig ausreichend sei -, daß der weiter als die contrainte zu verstehende N o t s t a n d ³⁾ "in der allgemeinen Vorschrift über overmacht" e n t h a l t e n sei.⁴⁾ Umfaßt aber Art. 40 Sr den Notstand allgemein, dann kann sich ein in einer Notsituation herbeigerufener Nicht-Arzt auch auf Art. 40 Sr berufen, ohne daß es des Zusatzes "ohne zwingende Gründe" in Art. 436 Sr bedurft hätte.

- Der H.R. nahm in seiner Entscheidung an, daß sich die Wunderheilerin nicht auf overmacht im objektiven Sinne (= noodtoestand) berufen konnte. Dabei sah das Gericht den noodtoestand als einen R e c h t f e r t i g u n g s - g r u n d an. Die Rechtsordnung, so meinten die Richter, könne das Vorgehen der Angeklagten aber nicht gutheißen, da eine Änderung der Anschauungen dahingehend, daß n u r sog. "Quacksalber" mit dem Gesetz getroffen werden sollten, ansonsten ihren Niederschlag im Gesetz hätte finden müssen. Das sei jedoch nicht geschehen.

Auch ließ das Gericht die zur Entschuldigung der Angeklagten vorgetragene overmacht im subjektiven Sinne nicht gel-

1) MvT, aaO sowie die Beratschlagungen in der zweiten Kammer vom 8.11.1880, Smidt III, S.228

2) Smidt III, S.229

3) Modderman wollte hier ja sogar den Vermögensnotstand inbegriffen wissen! s.o. 1 d (2), S.197

4) Protokolle, S.83; vergl. MvT, Smidt I, S.376

ten, da sie ihrer inneren Überzeugung durchaus hätte widerstehen können.

Demnach weist der H.R. dem noodtoestand rechtfertigende, der overmacht hingegen entschuldigende Wirkung zu¹⁾. Spätestens seit dieser Entscheidung unterscheidet sich die niederländische Rechtsprechung von der dogmatischen Behandlung des Notstandes in Deutschland nicht mehr wesentlich. In beiden Rechtsgebieten wird nach der sog. "Differenzierungstheorie" vorgegangen, womit im Rahmen des strafrechtlichen Notstandes die unterschiedliche Wertung von Tat und Täter in beiden Gebieten grundsätzlich geklärt ist. Auch die unterschiedlichen Folgen bei der Teilnahme sind gleich: keine Teilnahme bei gerechtfertigter Haupttat möglich, wohl aber bei bloß entschuldigtem Haupttäter²⁾. Ebenso ist Nothwehr gegen einen im rechtfertigenden Notstand begangenen Angriff nicht möglich, wohl aber gegen eine bloß entschuldigte Notstandstat²⁾.

Der wesentliche Unterschied in den beiden Rechtsordnungen besteht darin, daß der deutsche Gesetzgeber dem Richter inzwischen genau vorgeschrieben hat, wie er den Notstand zu lösen hat, während sich der niederländische Richter nur an eine einzige Norm mit dem unbestimmten Rechtsbegriff "overmacht" halten kann und im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung die Eingrenzung und Differenzierung vornehmen muß. Das niederländische Gesetz gibt damit dem Richter wesentlich mehr Entscheidungsspielraum in die Hand als das deutsche. Um das Prinzip der Gerechtigkeit zu erhalten, mußte das Reichsgericht und die spätere deutsche Rechtsprechung zum übergesetzlichen Notstand ausweichen, bis der Gesetzgeber die §§ 34, 35 StGB 1975 geschaffen hat, weil § 54 RStGB den Richter zu sehr eingeengt hatte. Die niederländische Rechtsprechung brauchte bis heute nicht in den übergesetzlichen Bereich auszuweichen, sondern konnte sich stets an die eine Vorschrift des Art. 40 Jr halten, wobei freilich für das overmachts-Verständnis eine Lösung

1) s. Rammelink, Art.40, Anm.4, S.254

2) s. u.a. Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S. 268; Dreher-Tröndle, StGB §29, Rdnr.2; §26, Rdnr.10; §27, Rdnr.4

von der alten contrainte erforderlich war.

Es darf hier allerdings nicht übersehen werden, daß die niederländische Rechtsprechung mit der Anwendung der Lehre des "Fortfalls der materiellen Rechtswidrigkeit" sich auch auf die Ebene der übergesetzlichen Rechtfertigung begeben hat.¹⁾ Der HR hat das Vorliegen eines solchen Rechtfertigungsgrundes bis jetzt einmal bejaht.²⁾ Ein Tierarzt hatte tuberkulosekranke Kühe mit gesunden Kühen zu einer Zeit, als diese trocken standen, zusammengestellt, um diese zu immunisieren. In der weitaus gefährlicheren Zeit, in der sie Milch geben, waren sie dann nicht mehr gefährdet. Das Gesetz verbot jedoch generell das Zusammenstellen tuberkulosekranker Tiere mit gesundem Vieh. Die Vernunft gebot hier aber die Gesetzesverletzung, um den Viehbestand zu sichern.³⁾

In späteren Entscheidungen lehnte der HR eine Rechtfertigung auf Grund des Wegfalls der materiellen Rechtswidrigkeit ab, weil er die Voraussetzungen hierfür als nicht gegeben ansah.⁴⁾ In der Tierarzt-Entscheidung hat der HR eine Art Pflichten-kollision⁵⁾ mit einem übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund gelöst. Die rechtliche Handhabung dieser auch in den späteren Entscheidungen⁴⁾ zum Ausdruck gekommenen Konfliktlage zwischen einem vernünftigen Anliegen des Täters einerseits und der Gesetzeswahrung andererseits, setzt im Grunde genommen den Abwägungsgedanken des "noodtoestand" fort. Der Notstand erscheint hier seinerseits nur noch als ein Unterfall eines allgemeinen Rechtfertigungsgedankens.

Ein sparsamer Umgang mit diesem Rechtfertigungsgrund erscheint m.E. geboten.⁶⁾ Das Ausweichen in das ungeschriebene Recht nach ganz allgemeinen Kriterien darf nicht zu einer Rechtsunsicherheit führen.

1) s.u. V,1 (6), S.244

2) HR, Urt.v. 20.2.1933, NJ 1933, S.918

3) vergl. van Bemmelen, Ons strafrecht, 6.Aufl.1979, S.100

4) HR, Urt.v. 16.10.1973, NJ 1974, Nr.29; HR, Urt.v. 23.4.1974, NJ 1974, Nr.451; s.u. V,1 (6), S.244

5) eine echte Pflichtenkollision hätte zwei R e c h t s - pflichten erfordert

6) s.u. V,1 (6), S.244

c) Die Eingrenzung der overmacht durch die Rechtsprechung und Literatur

(1) Die Unvermeidbarkeit der Notstandshandlung

Ebenso wie im deutschen (§§ 34, 35 StGB) und französischen (Art. 64 CP)¹⁾, aber auch bereits im kanonischen ("si inevitabilis esset")²⁾ und im gemeinen Recht verlangt auch das niederländische Recht die Unvermeidbarkeit der Notstandshandlung, d.h. dem Täter darf nicht die Möglichkeit offengestanden sein, die drohende Gefahr auf eine andere, weniger einschneidende Weise beseitigen zu können.³⁾ Dies ist eigentlich eine selbstverständliche Voraussetzung, da ohne diese "Unvermeidbarkeit", das "inevitabilis", die eigentliche N o t - j a fehlt. Diese macht den Eingriff in die fremde Rechtssphäre n o t w e n d i g . Deshalb verlangt auch die niederländische Rechtsprechung schon lange, daß es für den Täter keinen anderen, milderer Weg geben durfte, das Übel zu beseitigen, um einen Notstand unbeanstandet anerkennen zu können.

Ohne Erfolg berief sich so ein Verwahrer auf overmacht, der Vieh verkauft hatte, das unter dinglichem Arrest stand. Er behauptete, daß ihn Futtermangel dazu genötigt hätte. Die Rb von Alkmaar⁴⁾ meinte, daß sich der Angeklagte nicht durch diese strafbare Handlung aus jener Unbequemlichkeit ziehen durfte, sondern einen anderen, rechtmäßigen Weg hätte gehen müssen und können, z.B. durch Entlassung aus dem Vertrag.

Ebenso entschied dasselbe Gericht in einem Fall verbotener Eigenmacht, in welchem jemand einen fremden Polderdeich durchstoßen hatte, um einer drohenden Austrocknung des eigenen Gebietes zuvorzukommen, anstatt die zuständige Behörde diese Maßnahme treffen zu lassen.⁵⁾

1) s. Koch, Der Einfluß von Zwang ...S.36 ff; "danger autrement inévitable", Roux, S.200

2) Can. poenit. §17

3) Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.263 ff; Pompe, Handboek, S.123 ff, u.a.

4) Rb Alkmaar, Urt.v. 4.10.1892, W.1892, Nr.6279

5) Rb Alkmaar, Urt.v.29.10.1895, W.1895, Nr.6767

In einem anderen Fall, den der H.R. zu entscheiden hatte, hatte jemand einen Baum derart gefällt, daß er nach Herabstürzen auf die Straße den Straßenbahnverkehr aufhielt. Die Berufung auf overmacht blieb erfolglos, da der Beschuldigte bessere Hilfsmittel und mehr Arbeitskräfte hätte einsetzen können, um den eingetretenen Erfolg vermeiden zu können.¹⁾

Gleichfalls ließ der H.R. eine Berufung auf overmacht nicht gelten in einem Fall verbotener Ausfuhr von Schafen wegen angeblich schlechter Futtervoraussetzungen, da eine behördliche Genehmigung hätte erfragt werden können und die Schafe nicht unterernährt waren.²⁾

Schließlich kam auch einem Schrankenwärter die overmacht nicht zugute, der die Schranken unmittelbar nach Passieren des Zuges zehn Minuten lang nicht geöffnet hatte, obwohl er dazu gesetzlich verpflichtet war³⁾. Ein Autofahrer war mit dem Bahnwärter in Streit geraten, weil er verbotenerweise den Bahnkörper betreten hatte. Da er sich weigerte, seine Personalien anzugeben, ließ der Beamte bis zum Eintreffen der Polizei die Schranken geschlossen; erst nach Aufnahme des Protokolls öffnete er sie wieder. Inzwischen hatte sich auf der stark befahrenen Straße auf beiden Seiten vor der Schranke jeweils eine große Autoschlange gebildet.

Obwohl der Bahnwärter zu der Aufnahme des Protokolls an sich verpflichtet war, ließ der H.R. ebenso wie die Vorinstanz die Berufung des Wärters auf Notstand nicht gelten, weil es dafür nicht notwendig war, die Schranken geschlossen zu halten. Der Beamte hätte sich die Nummer des betreffenden Fahrzeuges aufschreiben können und hätte dadurch die erhebliche Verkehrsbehinderung vermieden.⁴⁾

Problematisch erscheint hingegen folgende Entscheidung

1) H.R. Urt.v. 26.10.1908, W.1908, Nr.8759

2) H.R. Urt.v. 15.10.1917, W.1917, Nr.10160

3) Art. 8 Algemeen Reglement voor de Dienst op de spoorwegen (Allgemeine Anweisung für den Eisenbahndienst)

4) H.R. Urt.v. 9.12.1940, NJ 1941, Nr.189 mit zustimmender Anmerkung Pompe

des H.R.: Dem Fahrer eines Lieferwagens wurde vorgeworfen, er sei verkehrswidrig auf der linken Straßenseite gefahren. Der Lieferant verteidigte sich damit, daß er auf andere Weise die Kunden sonst nicht hätte rechtzeitig beliefern können. Der H.R. und die Vorinstanz verurteilten ihn dennoch, da er nicht habe glaubhaft machen können und es sich nicht auf sonstige Weise hervortat, daß ihm zur pünktlichen Bedienung der Kunden keine andere Möglichkeit offenstand, als verkehrswidrig auf der linken Straßenseite zu fahren und dort den Wagen abzustellen.

Der H.R.¹⁾ hielt die Feststellung der Vorinstanz, daß es "noch andere Wege" und Mittel gab, o h n e diese näher zu bezeichnen, für eine Verurteilung ausreichend.

Sicherlich ist es richtig, daß eine Verurteilung erfolgen muß, wenn der Täter unter "den gegebenen Umständen", die ein rechtmäßiges oder weniger gravierendes Verhalten erlaubt hätten, als Ausweg die (gravierendere) Rechtsverletzung wählte²⁾. Doch müssen die " g e g e b e n e n Umstände" feststehen. Es genügt m.E. nicht, daß der Tatrichter sich in seiner Urteilsbegründung mit der Feststellung begnügt, daß dem Täter andere Wege offenstanden, ohne diese näher zu bezeichnen. Die Möglichkeit eines anderen Weges muß k o n k r e t erwiesen sein, d.h. der Tatrichter muß ihn nennen, damit das Revisionsgericht die Richtigkeit des Gedankenablaufs überprüfen kann. Fehlt die konkrete Angabe dieses Weges, verstößt das Gericht gegen den Grundsatz in dubio pro reo. Die Behauptung des Beschuldigten, er habe im Notstand gehandelt, muß dann als unwiderlegt richtig hingestellt werden. Das in dubio - Prinzip gilt nicht nur für die Schuldfrage sondern auch für das Vorbringen von Strafausschließungsgründen³⁾. So entschied der H.R. selbst, daß eine Verurteilung hindernde Zweifel bestehen, wenn Tatsachen

1) H.R. Urt.v. 29. 6.1936, NJ 1936, Nr.1018

2) H.R. Urt.v. 20. 2.1933, NJ 1933, S. 722

3) s. van Bemmelen, Strafvordering, S.331; Fokkens-Mulder, Bewijzen in het strafprocesrecht, S.22, 12,18; zum deutschen Recht s. Kleinknecht, StPO §261 Rdnr.29, 30; Löwe-Rosenberg, StPO §261 Rdnr.128; BGH Urt.v. 14.2.1956, 5 StR 599/55 (zum entschuldigenden Notstand)

g l a u b h a f t gemacht worden sind, die einen Strafausschließungsgrund begründen.¹⁾ Das Gericht muß dann ebenso glaubhaft darlegen, warum es gegebenenfalls dem Vortrag des Angeklagten nicht folgt.

Der H.R. hätte daher im vorliegenden Fall das Urteil der Rb nicht bestätigen dürfen. Vielmehr hätte die Rb erneut feststellen und in der Urteilsbegründung zum Ausdruck bringen müssen, ob sich für den Fahrer tatsächlich keine andere Möglichkeit geboten hatte, seine Kunden rechtzeitig zu beliefern, ohne verkehrswidrig die linke Straßenseite in Anspruch zu nehmen. Eine Rückverweisung wäre daher nötig gewesen.²⁾

1) H.R. Urt.v. 3.5.1966, NJ 1968, Nr.26

2) s. zu einer ähnlichen Fallkonstellation in Deutschland BGH Beschl.v. 3.10.1978 - 4 StR 263/78 - in NJW 1979, 224: der Fahrer hatte länger als drei Minuten verboten in zweiter Reihe parkiert (§12 Abs.4 Satz 1 StVO; vergl. Begründung VerkBl 1970, 807, 808), da er als Bierfahrer zum Beliefern der Kunden auf der Straße keine andere Haltemöglichkeit gefunden hatte. Den Verkehr hatte er dadurch nicht behindert. Der BGH, der (durch Vorlagebeschuß angerufen) über die Sache nicht endgültig zu entscheiden hatte, wies darauf hin, daß es Aufgabe der Straßenverkehrsbehörde sei, geeignete Parkmöglichkeiten zum Be- und Entladen für den Lieferverkehr in Gebieten und zu Zeiten außergewöhnlicher Verkehrsdichte zu schaffen. Im übrigen sei eine Einstellung in Fällen echter Pflichtenkollision auf Grund des geringen Verschuldens (§47 OWiG) oder die Anwendung der Notstandsregelung des §16 OWiG (rechtfertigender Notstand) in äußersten Härtefällen möglich.
Vorlagebeschuß des BayObLG s. NJW 1978, 2216.

(2) Die Unvermeidbarkeit der Notstandslage (eigenes Verschulden)

Immer wieder Anlaß zu erneutem Streit wirft die Frage auf, ob der Täter sich auf Notstand berufen kann, wenn er selber die Notstandslage - sei es nun vorsätzlich oder fahrlässig - v e r s c h u l d e t hat.

In Deutschland dürfte die Frage inzwischen dahingehend geklärt sein, daß es beim r e c h t f e r t i g e n d e n Notstand n i c h t darauf ankommt, ob der Täter die Notstandslage verschuldet hat; das Verschulden bezüglich der Straftat als solcher beurteilt sich nach der "actio libera in causa"¹⁾. Hingegen stellt § 35 StGB 1975 beim e n t s c h u l d i g e n d e n Notstand darauf ab, inwieweit der Täter "die Gefahr selbst verursacht" hat. Damit ist sicherlich nicht das reine Verursachungsprinzip gemeint sondern das Verschuldensprinzip, wie dies schon nach § 54 RStGB gegolten hat. Die Verursachung der Gefahr ist dem Täter nur insoweit entgegenzuhalten, als ihm die Hinnahme der daraus resultierenden Gefahr zuzumuten ist²⁾. Dies kann m.E. regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn dem Täter an der Verursachung der Gefahr ein Schuldvorwurf (also zumindest Fahrlässigkeit) trifft. § 35 StGB 1975 stellt also keine Erschwerung gegenüber § 54 RStGB dar.³⁾

In den Niederlanden wird eine derartige Unterscheidung nicht gemacht; Art. 40 Sr kennt ohnehin nicht die Auf-

1) Dreher-Tröndle, StGB §34, Rdnr.6; BayObLG NJW 1978,2046; vergl. OLG Düsseldorf VRS 30, 446; RGSt 61, 255

2) Dreher-Tröndle, StGB §35, Rdnr.11; Maurach-Zipf, §34 I A, 1; Blei, JA 1975, 310

3) so Blei, Lehrbuch AT, S.184; Bockelmann, Lehrbuch AT, S.124; Dreher-Tröndle, aaO; Jescheck, Lehrbuch, S.392; Petters-Preisedanz, §35, Anm.4 a; Schönke-Schröder-Lenckner, StGB §35, Rdnr.26; a.A. Wessels, Lehrbuch AT, S.76; es genügt bloße objektive Pflichtwidrigkeit; SK (Rudolphi) §35, Rdnr.15

spaltung, wie sie in §§ 34, 35 StGB 1975 vorgenommen worden ist. Die Frage nach dem Verschulden ist in den Niederlanden weniger dogmatisch als vielmehr nach pragmatischen Gesichtspunkten gelöst worden. Die Rechtsprechung hat hierbei, wie Bronkhorst es ausdrückte, "mit gesundem Verstand" gehandelt.¹⁾

aa) Die Rechtsprechung

Mit welchem "gesunden Verstand" die Rechtsprechung in den Niederlanden anstehende Frage behandelt hat, sollen die folgenden Fälle verdeutlichen.

Ein Motorradfahrer hatte jemanden angefahren und verletzt, weil er plötzlich etwas in seinem Auge hatte und nichts mehr sehen konnte. Der Gerichtshof von Amsterdam verwarf die Berufung des Angeklagten, der sich auf overmacht berufen hatte, weil er seine Augen nicht geschützt hatte. Auf Grund der Fahrgeschwindigkeit hätte der Beschuldigte damit rechnen müssen, daß ihm etwas in sein Auge fliegen kann, was er mit dem Tragen einer Schutzbrille hätte vermeiden können. Dieses vorwerfbare (fahrlässige) Verhalten, das die Notstandslage erst herbeigeführt habe, schloß nach Ansicht des Gerichts die Berufung auf overmacht aus.²⁾

Es muß dem deutschen Leser merkwürdig vorkommen, daß sich das Gericht hier überhaupt mit der Frage des Notstandes befaßt hat. Denn nach deutschem Recht läge weder ein Notstand nach § 34, noch nach § 35 StGB oder § 54 RStGB vor. Der Motorradfahrer fuhr den anderen Verkehrsteilnehmer nicht an, um eine Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. Er verletzte ihn vielmehr deshalb, weil er sich gegen eine mögliche Sehbehinderung durch den Fahrtwind nicht geschützt hat. Es handelt sich also um eine einfache Frage der Fahrlässigkeit, ob nämlich der Fahrer den eingetretenen Erfolg hätte voraussehen und durch Aufsetzen einer Brille hätte vermeiden können. Zu dem Zeitpunkt, als er nichts mehr sah, weil er etwas im Auge hatte, h a n -

1) Bronkhorst, Overmacht in het Strafrecht, S.222

2) Gerichtshof von Amsterdam, Urt.v. 11.6.1931, NJ 1932, 1142

d e l t e er gar nicht mehr; vielmehr wurde das weitere Geschehen ohne sein Zutun durch den Ablauf reiner Zufälle bestimmt. In diesem Augenblick war er einer höheren Gewalt (vis absoluta) ausgesetzt. W e i l er dieser Gewalt ausgeliefert war, verletzte er den anderen, nicht aber u m sich dieser Gewalt zu entziehen.

An diesem Beispiel zeigt sich deutlich, daß es bei vis absoluta gar nicht zur Frage des Notstandes kommen kann, weil ein strafrechtlich relevantes Handeln fehlt.

Nachdem im letzten Jahrhundert die Lehre, daß Art. 64 CP a u c h die vis compulsiva mitumfaßt, in Frankreich und in den Niederlanden ihren Einzug in die contrainte-Lehre feiern durfte, blieb die vis absoluta daneben bestehen. Sie ist weiterhin erwähnt worden, selbst wenn in einigen Lehrbüchern sich der Hinweis findet, daß es eigentlich an einer Handlung fehlt.¹⁾ Nur so ist es m.E. zu erklären, daß sich das Gericht im vorliegenden Fall mit der Frage befaßt hat, ob der Motorradfahrer die "Notstandslage" verschuldet hat. Im Ergebnis hielt das Gericht das Verschulden zu Recht für beachtlich.²⁾

In einem anderen Fall genügte es dem H.R., daß der Täter eine erhöhte Gefahrenlage geschaffen hat, um sich bereits dann nicht mehr auf overmacht berufen zu können. Ein Autofahrer war mit einem anderen zusammengestoßen, nachdem einige Vögel an der Front seines Autos zerschmettert worden waren und er deshalb die Herrschaft über sein Fahrzeug verloren hatte.³⁾

-
- 1) van Bemmelen, Ons strafrecht, S.207; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.263; Rammelink, Art.40, Anm.1, S.249; Pompe hält hingegen an der vis absoluta fest, Handboek, S.125; s.u. VI,2 und 3 S.256 ff, S.295 ff
 - 2) Einen ähnlichen Fall ebenfalls in den 30-iger Jahren hatte in Frankreich die Cour de Cassation zu entscheiden. Ein Autofahrer, der in seinem Fahrzeug plötzlich von einer Wespe überrascht worden war, verlor bei seiner Abwehrbewegung gegen das Tier die Kontrolle über das Fahrzeug und verletzte dadurch einen anderen Autofahrer. Das Gericht bestätigte die Verurteilung der Vorinstanz wegen fahrlässiger Körperverletzung und ließ eine Berufung auf contrainte nicht zu, Crim. 27.3.1936, DH 1936, 253. Die Entscheidung erscheint nicht unbedenklich, da sich der Fahrer gegen die Wespe gar nicht schützen konnte.
 - 3) H.R. Urt.v. 8.5.1939, NJ 1939, Nr.1038 mit Anm. Pompe

Der H.R. meinte ebenso wie die Vorinstanz, daß ein Autofahrer bei hoher Geschwindigkeit das Risiko dafür trägt, daß sich plötzlich ein unvorhergesehenes Hindernis in den Weg stellt. Der Beschuldigte war mit einer Geschwindigkeit von 110 km/h gefahren. Nach Ansicht des H.R. müssen in diesem Augenblick erhöhte Anforderungen an die Reaktionsfähigkeit des Fahrers und dessen Fahrtüchtigkeit gestellt werden, so daß ihm die Berufung auf overmacht damit verwehrt ist. ¹⁾

Auch hier handelt es sich m.E. ebenso wie in der oben erwähnten Entscheidung um ein reines Fahrlässigkeitsproblem. Das alleinige Abstellen auf die erhöhte Gefahrenlage zur Begründung eines Vorwurfs fahrlässigen Verhaltens kann aber sicher nicht richtig sein. Dies wäre ein Durchbrechen des Schuldprinzips. Dem Autofahrer hätte nachgewiesen werden müssen, daß er p f l i c h t w i d r i g zu schnell gefahren ist; Schnellfahren als solches ist weder verboten noch vorwerfbar. Bewältigt ein Fahrer ein unvorhersehbares Hindernis nicht, so kann ihm daraus dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn er den Erfolg in zumutbarer Weise nicht abwenden konnte und sein vorangegangenes Fahrverhalten korrekt war. Demnach kann auch Pompe in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung nicht gefolgt werden, der verschiedene Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Fahrers stellt. An einen Arzt z.B., der sehr schnell fährt, um einen lebensgefährdeten Patienten aufzusuchen, seien weniger strenge Maßstäbe anzulegen als an einen "normalen" Fahrer, der mit der gleichen Geschwindigkeit fährt.²⁾ Diese Unterscheidung setzt voraus, daß Schnellfahren an sich schon verboten ist. Dies kann jedoch nicht sein, solange eine Geschwindigkeitsbegrenzung nicht überschritten ist und eine k o n k r e t e Gefährdung, die voraussehbar ist, dadurch nicht entsteht. Dann mißbilligt die Rechtsordnung das Fahrverhalten auch nicht; es ist

1) vergl. auch H.R. Urt.v. 8.11.1966, VR 1967, Nr.30: Verwirkung der Berufung auf overmacht bei zu schnellem Anfahren einer Kreuzung, so daß der Fahrer die Vorfahrt nicht mehr gewähren konnte; m.E. auch ein reines Fahrlässigkeitsproblem.

2) Pompe, aaO

rechtmäßig. Dann kann es aber auf den Grund der Schnellfahrt nicht mehr ankommen. Richtig ist sicherlich, daß an einen Schnellfahrer erhöhte Anforderungen zu stellen sind, soweit es um die Vermeidung oder Verringerung v o r a u s s e h b a r e r Gefahren geht; überschätzt er hier seine Fahrtüchtigkeit, so kann ihm hieraus ein Schuldvorwurf gemacht werden¹⁾.

In einem weiteren Fall hatte der H.R. über einen Autofahrer zu entscheiden, der sich an einer Zollschanke geweigert hatte, den Zoll zu bezahlen, weil er kein Geld bei sich hatte. Deshalb wurde ihm die Schranke nicht geöffnet und hinter ihm bildete sich eine lange Autoschlange. Ein Gendarm gab ihm darauf die Anweisung, in Fahrtrichtung weiterzufahren. Der Weisung konnte der Autofahrer jedoch nicht nachkommen, da die Schranke geschlossen blieb. Der Gendarm erklärte, daß die Schranke bei Bezahlung des Zolls unverzüglich geöffnet würde. Die Staatsanwaltschaft hatte den Fahrer wegen seiner Nichtbefolgung der Weisung des Gendarms, die mit Rücksicht auf die Sicherheit des Straßenverkehrs ergangen war, angeklagt (Art. 23 Motor- und Motorradgesetz).

Die beiden Tatsacheninstanzen in Utrecht verurteilten den Fahrer und ließen seine Berufung auf overmacht nicht gelten. Den Umstand, die Weisung des Gendarms nicht befolgen zu können, habe er selbst zu vertreten gehabt. Er hätte wissen müssen, daß sich wegen der Verkehrsdichte am Zoll Fahrzeugschlangen bilden können, und daß ein Passieren der Zollschanke nur möglich war, wenn er das erforderliche Geld bei sich hatte und zahlungswillig war.

Der H.R. hob diese Urteile jedoch auf und stellte das Verfahren ein, weil die Befolgung der Weisung für den Beschuldigten absolut unmöglich war.²⁾ Unerheblich war für

1) vergl. Dreher-Tröndle, StGB §15 Rdnr.16; Jescheck, Lehrbuch, S.468, 470; BGH VRS 5, 477; ferner BGHSt 10, 133; RGSt 67, 20; zur Sorgfaltspflicht im Notstand OLG Hamm, NJW 1977, 1892; OLG Schleswig VRS 30, 462; Dreher-Tröndle, StGB §34 Rdnr.22

2) H.R. Urt.v. 4.1.1932, NJ 1932, 868 mit abl.Anm. Pompe

den H.R., daß der Beschuldigte kein Geld bei sich hatte, solange er nicht die Anweisung erhalten hatte, den Zoll zu bezahlen, wobei dann die Rechtmäßigkeit einer solchen "Weisung" recht zweifelhaft schien.

Der H.R. urteilte hier m.E. richtig. Es ist nicht unredlich, wie Pompe zu der Entscheidung anmerkte¹⁾, daß der H.R. von dem Fahrer nicht verlangte, für den Zoll genügend Geld mitzunehmen, um diesen ohne Verkehrsbehinderung passieren zu können. In einem Rechtsstaat darf den Bürgern nicht die Möglichkeit genommen werden, den eigenen Standpunkt über die Zahlungspflicht für bestimmte Zollgüter darzulegen, selbst wenn dies zu einer zeitraubenden Diskussion führen kann. Es ist dann Aufgabe der Zollbehörde, für derartige Vorfälle z.B. so viele Parkplätze zu beschaffen, daß diese Fälle ohne erhebliche Verkehrsbehinderung gesondert behandelt werden können. Die Weisung des Gendarms war deshalb rechtswidrig, ihre Befolgung durch den Beschuldigten unmöglich. Es lag hier einer der seltenen Fälle von vis absoluta bei einem Unterlassungsdelikt vor, wo overmacht nicht bereits durch das Fehlen eines Handelns ausgeschlossen ist²⁾.

Ebenfalls um die Frage verschuldeten Notstandes ging es in einer Entscheidung, die ein Polizeigericht im Jahre 1947 getroffen hatte. Vorstandsmitglieder eines kirchlichen Baufonds hatten sich trotz Aufforderung durch das Finanzamt, Name und Adresse eines Spenders anzugeben, der dem Fond angeblich f. 12.000,-- geschenkt hatte, geweigert, die erforderliche Auskunft zu erteilen. Zu dieser Auskunft waren sie nach Art. 10 des Sondererlasses über Steuernachforderungen³⁾ verpflichtet. Die Angeklagten beriefen sich vor Gericht darauf, daß sie dem Schenker versprochen hatten, seine Person geheim zu halten. Sie hätten sich darum in einer Pflichtenkollision befunden,

1) aaO; ebenso Bronkhorst, S.224; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.274

2) Hazewinkel-Suringa, aaO S.263; R Emmelink, Art.40, Anm. 1, S.250; s.u. VI,2 h S.283 FN 4

3) StBl. F 159

weil ihnen zu der verlangten Auskunft, zu der sie gesetzlich verpflichtet waren, die Geheimhaltungspflicht moralisch im Wege stand.

Das Gericht ließ die Frage offen, ob die Kollision einer (nur) moralischen, vom Gesetz nicht anerkannten Geheimhaltungspflicht mit einer gesetzlichen Aussagepflicht einen strafausschließenden Notstand begründen kann. Den Angeklagten legte es dagegen zur Last, daß sie sich bewußt diesem Konflikt ausgesetzt haben. Sie hätten die f. 12.000,-- nicht anzunehmen brauchen bei dem gleichzeitigen Versprechen, den Spender der Steuerbehörde nicht anzugeben.¹⁾ Hier haben sie sich "den Konflikt selber auf den Hals gesetzt."

M.E. ist der Fall danach zu lösen, ob ein rechtfertigender Notstand (Pflichtenkollision) überhaupt entstehen konnte. Danach bliebe dann noch die Frage des entschuldigenden Notstandes und des Irrtums.

Eine Pflichtenkollision konnte überhaupt nur entstehen, wenn die Angeklagten entgegen der gesetzlichen Regelung, die ihnen eine Auskunftspflicht gegenüber dem Finanzamt auferlegt hat, v e r t r a g l i c h eine Geheimhaltungsvereinbarung mit dem Spender eingehen k o n n t e n . Da die gesetzliche Vorschrift hier zwingenden Charakter hat, mußte die Vertragsautonomie insoweit zurücktreten. Die Geheimhaltungsvereinbarung der Parteien war demnach n i c h t i g , weil sie gegen eine (zwingende) gesetzliche Vorschrift verstieß. Demnach konnte auch keine echte Kollisionslage entstehen. Die Berufung auf eine Pflichtenkollision war deshalb nicht deswegen ausgeschlossen, weil sie durch die Beschuldigten schuldhaft herbeigeführt worden war, sondern weil sie gar nicht entstehen konnte. (Aber selbst wenn man von einer Interessenkollision ausginge, spricht die Rechtsordnung mit der Schaffung vertraglich unabdingbarer Rechtspflichten ihr überwiegendes Interesse für die Einhaltung der g e s e t z l i c h e n , nicht der vertraglichen Rechtspflicht aus).

1) Rb Rotterdam (Polizeigericht), Urt.v. 24.12.1947,
NJ 1948, Nr.478

Fraglich ist, ob sich die Beschuldigten auf entschuldigenden Notstand berufen könnten.

(a) Eine Berufung auf § 35 StGB 1975 würde heute daran scheitern, daß keines der genannten Schutzgüter (Leben, Leib, Freiheit) in Gefahr geraten war. Bedroht war das Vertrauen des Spenders in die Einhaltung der getroffenen Vereinbarung mit den Vorstandsmitgliedern. Dieses Interesse wird durch § 35 StGB aber nicht geschützt. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift würde dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen. Denn den Bürgern ist die Einhaltung der gesetzlichen Normen zuzumuten; wieweit der Gesetzgeber gewillt ist, bei besonderen persönlichen Umständen Rücksicht zu nehmen, hat er u.a. in § 35 StGB zum Ausdruck gebracht. Eine über diese Vorschrift hinausgehende Berücksichtigung eines vertraglich begründeten Vertrauensschutzes gebietet der vorliegende Fall nicht.

Überdies müßten sich die Betroffenen - wie dies auch die Rb Rotterdam getan hat - entgegenhalten lassen, daß sie mit der Eingehung des Vertrages den "Notstand" selber verschuldet haben¹⁾.

(b) Aber auch auf overmacht konnten sich die Betroffenen nicht stützen, wie dies auch die Rb Rotterdam zu Recht angenommen hat. Art. 40 Sr zählt zwar nicht wie § 35 StGB die einzelnen notstandsfähigen Rechtsgüter auf. Beim entschuldigenden Notstand ist darauf abzustellen, wie weit auf Grund eines psychischen Konfliktes dem Täter die Einhaltung der Gesetzesnorm zuzumuten war²⁾. Doch konnte im vorliegenden Fall der seelische Konflikt, der durch die Eingehung des Vertrages entstanden war, die Betroffenen nicht so weit entschuldigen, daß ihnen die Befolgung der gesetzlichen Pflicht nicht zuzumuten gewesen und eine Bestrafung daher ungerecht erschienen wäre. Wer den größeren Wert auf die Einhaltung privat abgeschlossener Vereinbarungen vor der Beachtung gesetzlicher Pflichten legt, muß die mögliche Bestrafung in Kauf nehmen; der Staat, der den Gleichheitsgrundsatz beachten muß, kann

1) s.o. S.220

2) s.u. VI,2,S.256ff und IV,2 b, S.211 ff

deswegen auf seinen Strafanspruch nicht verzichten. Auch fällt ins Gewicht, wie die Rb zu Recht angenommen hat, daß die Beschuldigten sich bewußt dieser Konfliktlage ausgesetzt haben, da sie jenen Vertrag nicht hätten abzuschließen brauchen.¹⁾

Ob sich die Beschuldigten bei Vertragsabschluß in einem vermeidbaren oder unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden haben, ist eine hier nicht zu klärende Tatfrage; der Irrtum bestand jedenfalls nicht mehr zu der Zeit, als das Finanzamt die Auskunft erbat, falls es auf die gesetzliche Auskunftspflicht hingewiesen hat.

Ebenfalls mit dem Hinweis auf den selbst verschuldeten Notstand versagte der H.R. einem Journalisten in einem in den Niederlanden berühmt gewordenen Fall²⁾ die Berufung auf overmacht. Er hatte als Zeuge vor Gericht sich geweigert, den Namen des Gewährsmannes anzugeben, der ihm Material für einen bestimmten Artikel³⁾ gegeben hatte. Der Gewährsmann war vermutlich ein Beamter, der einen strafbaren Geheimnisverrat begangen hat (Art. 272 Sr), da der Artikel geheimzuhaltende Tatsachen enthielt. Der Journalist begründete seine Zeugnisverweigerung damit, daß er sich bei einer Aussage bei seinen Kollegen angeblich unmöglich gemacht und sich ihrem Tadel unterzogen hätte. "Sie fragen mich, wie diese Verbindung war. Ich weigere mich, Ihnen diese zu nennen und berufe mich zu meiner Rechtfertigung darauf, was ich als Journalist als mein Berufsgeheimnis empfinde."⁴⁾

Der H.R.⁴⁾ sowie die beiden Vorinstanzen⁵⁾ erkannten dem Journalisten weder ein Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen (Art. 218 Sv) noch aus overmacht

1) Zur Unterscheidung, ob der Notstand vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurde, s.u. bb S.236 ff

2) Fall: H.A. Linshof

3) "Eine Auslese aus den geheimen Protokollen von Linggadjati" in Elseviers Weekblad v. 11.1.1947

4) H.R. Urt.v. 14.12.1948, NJ 1949, Nr.95 mit Anm. Röling

5) Rb Amsterdam, NJ 1948, Nr.634; Hof Amsterdam, NJ 1948, Nr.212

zu¹⁾.

Ein Zeugnisverweigerungsrecht aus Art. 218 Sv verweigerte der H.R. dem Journalisten deshalb, weil diese Vorschrift nur für solche Personen geschaffen sei, deren Beruf es gerade mit sich bringt, bestimmte Informationen vertraulich zu behandeln. Hier sei insbesondere an Geistliche und Ärzte zu denken.²⁾ Es sei gesellschaftlich notwendig, daß sich Hilfsbedürftige, auch wenn sie eine Straftat begangen haben, an eine Vertrauensperson wenden können, ohne befürchten zu müssen, daß diese dann gesetzlich zu einer Aussage bei einer Justizbehörde gezwungen wird³⁾. Maßgeblich ist für den H.R. demnach, ob der Beruf "von seinem Wesen her ein Vertrauensberuf ist."⁴⁾ Um einen solchen Vertrauensberuf handelt es sich nach Ansicht des H.R. bei einem Journalisten jedenfalls nicht. Gewährsmänner dürfen nicht damit rechnen, daß ihre Informationen vertraulich behandelt werden.

Der H.R. führte noch ein weiteres gewichtiges Argument an. Der in Art. 272 Sr unter Strafe gestellte Geheimnisverrat für bestimmte Berufsstände (zu denen dann natürlich der Journalistenstand nicht gehört), könnte mit der Anerkennung eines Zeugnisverweigerungsrechts für Journalisten aus Art. 218 Sv praktisch untergraben werden. Es bräuchte lediglich jemand, der unter einer Verschwiegenheitspflicht nach Art. 272 Sr steht, seine Geheimnisse an einen Journalisten zu offenbaren und sich dabei von ihm das Versprechen abgeben zu lassen, nichts über seine (des Gewährsmanns) Person anzugeben. Die im Interesse der Allgemeinheit oder bestimmter Personenkreise geheim zu

1) Art. 218 Sv: "Von der Pflicht Zeugnis abzugeben oder bestimmte Fragen zu beantworten, sind auch die Personen befreit, die auf Grund ihres Standes, ihres Berufs oder Amtes zur Geheimhaltung verpflichtet sind, soweit es sich um Tatsachen handelt, die ihnen zur Geheimhaltung anvertraut sind."

2) H.R. aaO, S. 182

3) aaO; Rölting, Anm. aaO S. 183

4) Rölting, aaO

haltenden Tatsachen gerieten dann an die Öffentlichkeit, ohne daß der zur Verschwiegenheit Verpflichtete und nach Art. 272 Sr straffällig Gewordene ausfindig zu machen wäre.¹⁾

Der H.R. prüfte desweiteren, ob sich der Journalist auf overmacht berufen konnte, da er sich bei einer Angabe der Informationsquelle bei den Berufskollegen nach seiner Behauptung unmöglich gemacht hätte. Zu der Frage, ob Art. 40 Sr als Rechtfertigungsgrund neben Art. 218 Sv anwendbar ist, äußerte sich der H.R. nicht; er setzte dies vielmehr voraus. M.E. darf die Berufung auf Notstand nicht gerade dem Gesetzeszweck in Art. 218 Sv zuwider laufen. Nach deutschem Recht kann m.E. bei einem Verstoß gegen die Aussagepflicht (§ 70 StPO) eine Rechtfertigung nach § 34 StGB, wenn die in §§ 52 ff StPO aufgeführten Rechtfertigungsgründe nicht eingreifen, nur dann begründet sein, wenn sonst überragend wichtige Rechtsgüter gefährdet wären. Würde der Zeuge mit seiner Aussage z.B. das Leben von Geiseln ernstlich gefährden, so kann ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 34 StGB begründet sein.²⁾ Für das niederländische Recht kann m.E. nichts anderes gelten.

Der H.R. verneinte die overmacht deshalb, "weil der Beschuldigte dadurch, daß er die Mitteilung seines Gewährsmannes angenommen und diese in seinem Artikel publiziert hat, sich durch eigenen, freien Willensentschluß in eine solche Lage versetzt hat, die ihn vor die Wahl stellen mußte, der Justizbehörde die Information über seinen Gewährsmann zu erteilen oder die ihm zur Last gelegte strafbare Handlung zu begehen." Der H.R. lehnte m.a.W. die overmacht ab, weil der Journalist den Konflikt selber verschuldet hatte.

Im deutschen Recht hat der Gesetzgeber die Antwort in § 53 Abs.1 Nr.5 StPO gegeben. Ein Journalist hat hiernach grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht aus berufli-

1) aaO, S.183

2) Kleinknecht, StPO §70 Rdnr.1; Löwe-Rosenberg, StPO §70 Rdnr.5

chen Gründen.¹⁾

Auch später hat der H.R. immer wieder geprüft, ob der sich auf overmacht berufende Täter die Notlage selbst verschuldet hat.²⁾

Das Verschulden an der Notstandslage wird von der niederländischen Rechtsprechung einheitlich berücksichtigt, d.h. sie nimmt keine Differenzierung danach vor, ob rechtfertigender oder entschuldigender Notstand vorliegt. Das Nähere zu dieser bereits am Eingang dieses Abschnitts angesprochenen Frage³⁾ soll nun im folgenden Abschnitt, der sich mit der niederländischen Literatur zu diesem Thema befaßt, behandelt werden.

1) Zu dem abschließenden Charakter des in den §§53 und 53a StPO mit einem Zeugnisverweigerungsrecht versehenen Personenkreises im Interesse einer "funktionstüchtigen Rechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann," s. BVerfGE 33, 367, (383): kein Zeugnisverweigerungsrecht eines Sozialarbeiters; s. Kleinknecht, StPO §53 Rdnr.2; Löwe-Rosenberg-Meyer, StPO §53 Rdnr.3; andererseits hat das BVerfG mehrmals ausgesprochen, daß §53 Abs.1 Nr.5 StPO a.F. keine abschließende Regelung enthalte (diese Vorschrift war damals insofern enger gefaßt, als sie nur bei Pressemitteilungen s t r a f b a r e n Inhaltes eingreifen konnte), BVerfGE 36, 193, (211); 25, 296, (305); 20, 162, (189). Das Zeugnisverweigerungsrecht leitete das Gericht unmittelbar aus Art.5 Abs.1, Satz 2 GG ab, BVerfGE 25, 305.

Zur Sicherung und zum Schutz der Institution der Presse hat der deutsche Gesetzgeber das Zeugnisverweigerungsrecht für Journalisten eingeführt (§53 I Nr.5 StPO), s. BT-Drucksache VII/3118, S.3. "Das Recht der Presseangehörigen, die Aussage über den Inhalt von Mitteilungen und die Person des Informanten unter bestimmten Voraussetzungen zu verweigern, dient unmittelbar diesem Schutz und trägt dadurch mittelbar zur Gewährleistung einer institutionell eigenständigen und funktionsfähigen Presse bei," BVerfGE 36, 204; vergl. Kleinknecht, aaO Rdnr.22.

2) z.B. H.R. Urt.v. 29.11.1955, NJ 1956, Nr.197: Nichtaufstellen eines nicht mitgeführten Warndreiecks; H.R. Urt.v. 27.3.1956, NJ 1956, Nr.388 mit Anm. Pompe: bewußtes Verlassen der Familie und dadurch eintretende Unfähigkeit, der Unterhaltungspflicht nachzukommen, befreit nicht von dem Vorwurf des Art.255 Sr (Verlassen Hilfsbedürftiger); s. ferner H.R. Urt.v. 24.6.1940, NJ 1940, Nr.864; H.R. Urt.v. 28.1.1958, VR 1958, Nr.29; H.R. Urt.v. 15.6.1965, VR 1966, Nr.81

3) s.o. S.220 f

bb) Die Literatur

Sowohl im deutschen wie im niederländischen Recht kennt die Literatur das Problem des verschuldeten Notstandes schon lange¹⁾. Nach der niederländischen Literaturmeinung ist zumeist die Anwendbarkeit von overmacht ausgeschlossen, wenn der Täter den Notstand selber verschuldet hat²⁾. Der im deutschen Recht eingeschlagene Weg über die actio libera in causa ist in den Niederlanden in der Regel nicht bekannt (s.u.). Bekannt ist dieses Institut allerdings als solches.³⁾ Wie in Deutschland wird der Grundgedanke darin gesehen, daß die Verantwortung des Täters in der Handlung gesucht werden muß, durch die er die später eintretende Handlungs- oder Schuldunfähigkeit herbeigeführt hat. "Was man in Trunkenheit begeht, verantwortet man in Nüchternheit," führt van Bemmelen⁴⁾ zu der durch Trunkenheit herbeigeführten Schuldunfähigkeit passend an. Der Schuldvorwurf stellt also auf den Zeitpunkt v o r der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung ab ("actio praecedens")⁵⁾. Im niederländischen Recht wird ebenso zwischen vorsätzlicher (doloser) und fahrlässiger (culposer) actio libera in causa unterschieden.⁶⁾ Remmelink⁷⁾ und Hazewinkel-Suringa⁸⁾ behandeln die fahrlässige actio libera in causa unter dem Begriff "culpa in causa", während sie unter der "eigentlichen" actio libera in causa nur die vorsätzliche meinen (ebrietas quae scienter et dolose ad delinquendum eligitur).

-
- 1) s. Grotius, De iure belli ac pacis II, XX, XIX,2; vergl. van Eck, Praeadvies, S.27 ff; Hazewinkel-Suringa TvS 57, 212 ff
 - 2) s. Bronkhorst, Overmacht S.221 ff, 229; Hazewinkel-Suringa Inleiding, S.273; dieselbe, TvS 57, 212 ff; Remmelink, Art.40, Anm.9, S.259; Röling, NJ 1949, Nr.95 (Anm. zu H.R. Urt.v. 14.12.1948 - Linshof); Pompe, Handboek, S.136 ff
 - 3) van Bemmelen, Ons strafrecht, S.246; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.272, 273; Remmelink, Art.40, Anm. 4 und 5, S.200, 201
 - 4) Ons strafrecht, S.246
 - 5) Jescheck, Lehrbuch, §40 VI,2, S.361,362; Kleinschrod, Systematische Entwicklung, S.25 ff, 106 ff
 - 6) Remmelink, aaO
 - 7) aaO
 - 8) aaO

Eine generelle Berücksichtigung des Verschuldens am Notstand befürworten van Hamel, Simons und Vos.¹⁾ Vos hat sich von dem Gedanken leiten lassen: "Wer sich in Gefahr begibt, komme darin um." Der Notstand werde nunmehr zur Notpflicht, da dem Betroffenen zuzumuten sei, der Gefahr, die er selber heraufbeschworen hat, zu trotzen.

Die gegenteilige Position haben Borel,²⁾ 't Hooft,³⁾ Noyon,⁴⁾ van Praag⁵⁾ und Zevenbergen bezogen. Noyon sagte, daß die Unwiderstehlichkeit des Zwanges nicht von seiner historischen Entstehung abhängig sei. Er besteht. Deshalb sei es unerheblich, ob der Täter den Notstand durch sein eigenes Zutun herbeigeführt hat oder ob er durch andere Umstände eingetreten ist. "Denn wer in Not ist, handelt ... gemäß dieser Lage, gleichgültig ob er zufällig oder fahrlässig in sie kam. Der Staat, der dann straft, stempelt anständige Menschen zu Verbrechern und schädigt damit zugleich sich selbst," sagte von Hippel⁶⁾ hierzu und vertrat damit Noyon's Meinung.⁷⁾

Weder die eine noch die andere Lösung erscheint jedoch befriedigend. Es darf nicht jedem, der selber eine Gefahrenlage geschaffen hat, die Rettung wichtiger Güter durch eine "Notstandstat" abgeschnitten werden. Ebenso darf aber auch nicht grundsätzlich jeder auf Grund leichtsinnigen Verhaltens oder gar vorsätzlicher Herbeiführung der Gefahr das, was ihm wichtig und wert erscheint, auf Kosten anderer zu retten versuchen. Einerseits darf der medizinisch indizierte Schwangerschaftsabbruch z.B. nicht deshalb bestraft werden, weil sich die Mutter hatte verführen lassen. Der ertrinkende Selbstmörder, der im letzten

-
- 1) van Hamel, Inleiding, S.244; Simons, Leerboek, S.282 FN 3; Vos, Leerboek, S.178
 - 2) Noodtoestand, s. Hazewinkel-Suringa TvS 57, 216 FN 144
 - 3) Beschouwingen over noodtoestand, S.103 ff
 - 4) Het Wetboek van Strafrecht, 1.bis 4.Aufl.; anders jetzt in dem durch Rummelink fortgeführten Kommentar, Anm.9 zu Art.40, S.259
 - 5) Misdrijf in nood gepleegd, S.51 ff
 - 6) Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, ZStW 42, 404 (422)
 - 7) s. auch Begründung E 1925, S.22: "der Antrieb zum Handeln, den die äußerste Not schafft, wird dadurch nicht geringer, daß die Notlage verschuldet ist."

Moment sein Leben retten will, muß sich auf einem fremden Grundstück oder auf einem Bootshaus retten können, ohne dem Vorwurf des Hausfriedensbruchs ausgesetzt zu sein¹⁾. Andererseits darf das Vorverhalten des Täters nicht unberücksichtigt bleiben, wenn z.B. ein LKW wegen ausgegangenen Treibstoffs auf der Straße stehen bleibt und dadurch den Verkehr behindert, weil der Fahrer es versäumt hatte, rechtzeitig für eine ausreichende Menge an Treibstoff zu sorgen.

Van Eck²⁾ versuchte das Problem damit zu lösen, daß er auf das vorangegangene Verschulden nur dann abstellte, wenn es sich um einen Fall des entschuldigenden Notstandes handelt, es dagegen beim rechtfertigenden Notstand unberücksichtigt ließ. Weil die Rechtsordnung beim rechtfertigenden Notstand die Tat billigt, kann es nach dieser Auffassung nicht darauf ankommen, wer den Notstand verschuldet hat.³⁾ Dieser Meinung ist insofern zuzustimmen, als sie ein Element der Schuld (verschuldeter Notstand) nicht auf der Ebene der Rechtswidrigkeit prüft. Billigt die Rechtsordnung die Notstandstat, dann kann sie nicht deshalb rechtswidrig sein, weil der Täter den Notstand verschuldet hat; dann wird sie nämlich mißbilligt. Der persönliche Vorwurf gegen den Täter muß an einem früheren Zeitpunkt ansetzen, nämlich an dem Zeitpunkt, in dem er die Notlage schuldhaft herbeiführt. Zur Zeit der Notstandshandlung kann dieser Vorwurf nicht mehr zum Tragen kommen, da diese gerechtfertigt ist.

Der Nachteil dieser Ansicht liegt jedoch darin, daß sie hier stehen bleibt und nicht weiter fragt, ob die schuldhaft Herbeiführung der Notlage nicht selbst auf einem tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Tun beruht; denn sonst kann im rechtlichen Sinn nicht von "Schuld" gesprochen werden. Es müßte also m.a.W. geprüft werden, ob der Täter rechtswidrig und schuldhaft eine (tatbestandsmäßige) Situation geschaffen hat, in der er ein fremdes Recht

1) s. Hazewinkel-Suringa, TvS 57, 214

2) Praeadvies, S.29

3) Hazewinkel-Suringa, TvS 57, 218; vergl. Neubecker, Zwang und Notstand, S.324, zit. nach Hazewinkel-Suringa, aaO

verletzen d u r f t e .

Die m.E. richtige Antwort hierauf hat Hazewinkel-Suringa¹⁾ gegeben, die auch der modernen Lösung im deutschen Recht entspricht.²⁾ Beim rechtfertigenden Notstand³⁾ muß das vorangegangene schuldhaftes Tun (actio praecedens) nach der "actio libera in causa" bestimmt werden. Maßgeblich ist, ob der Täter bei der Herbeiführung der Notlage wußte oder wissen mußte, daß er (dann) seine Güter nur durch einen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut retten kann, und daß er diesen Zustand vermeiden konnte.⁴⁾ Der Vorwurf richtet sich nicht gegen die Herbeiführung des Notstandes als solchen sondern dagegen, daß er ihn schuf, obwohl er wußte oder hätte wissen müssen, daß eine Rettung nur durch einen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut möglich sein wird.⁵⁾ Auch wenn die Notstandstat als solche gerechtfertigt ist, so kann die rechtswidrig-schuldhaftes Tatbestandsverwirklichung bereits zu dem Zeitpunkt der Herbeiführung der Notlage erfüllt sein. Die notstandsspezifische Rechtfertigung greift dann noch nicht ein. Wenn nicht andere Rechtfertigungsgründe eingreifen, liegt demnach eine rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung v o r der eigentlichen Begehung der Notstandstat bereits vor; die Schuld bestimmt sich dann vor allem nach der Kenntnis des Täters über den weiteren Handlungsverlauf. Hat er demnach nur fahrlässig nicht vorausgesehen, daß er sich nur durch einen Eingriff in fremde Rechtspositionen wird retten können, so kann er nur bestraft werden, wenn dieser Eingriff als fahrlässiges Delikt strafbar ist.⁶⁾

Hazewinkel-Suringa stellte hierzu die Frage: "Reicht es aus, daß man wollte, wußte oder wissen konnte, daß man durch seine Haltung in N o t ⁷⁾ gerät, oder ist es

1) TvS 57, 213 ff

2) z.B. Dreher-Tröndle, StGB §34 Rdnr.6 m.w.N.; RGSt 61, 242 (255); BayObLG NJW 1978, 2046

3) beim entschuldigenden Notstand stellt sich m.E. diese Frage nicht, weil hier einheitlich auf den Schuldgehalt der Tat abzustellen ist; vergl. §35 StGB 1975 und §54 RStGB. Daneben wird man aber stets das Unrechtsbewußtsein des Täters im Auge behalten müssen.

4) Dieser Gedanke drückt sich im Grunde auch in der Schadensersatzpflicht in §228 Satz 2 BGB aus, vergl. Palandt-Heinrichs, BGB §228, Anm.3

5) Duynstee, TvS 53, S.102 FN 5 zum entschuldigenden Notstand

6) so auch BayObLG aaO

7) Hervorhebung durch mich

nötig, daß man wollte oder wußte oder wissen mußte, daß man sich nur in Form der ein oder anderen *R e c h t s - v e r l e t z u n g* ¹⁾ retten konnte?"²⁾ Die Frage beantwortete sie, daß es bei der vorsätzlichen wie bei der fahrlässigen Notstandsverursachung darauf ankommt, daß der Täter einen Zustand herbeigeführt hat, "von dem man annehmen konnte, daß er nur auf Kosten einer strafbaren Handlung zu beseitigen sein würde. Das Sichloslösen aus der *perplexio inter duo mala* mag je nach Art des Falles verzeihlich oder rechtmäßig bleiben. Aber d a ß man sich darin verwickelte, kann, wenn die Folgen vorhersehbar sein konnten und mußten und vermeidbar waren, zugerechnet werden. In beiden Fällen der overmacht führt dies zur sogenannten *actio libera in causa*."³⁾

Die meisten niederländischen Autoren gehen jedoch nicht so genau vor wie Hazewinkel-Suringa, sondern lassen es genügen, daß bei Verschulden der Notstandslage overmacht ausgeschlossen ist; die *actio libera* benötigen sie nicht⁴⁾. Pompe muß zugeben, daß nicht in jedem Fall von eigener Schuld die Berufung auf overmacht ausgeschlossen sein kann.⁵⁾ Als Beispiel führt er einen von ihm gebildeten Fall an, in welchem jemand in einem Anfall von Übermut sich in einen Löwenkäfig begeben hat, danach dann zu seiner Selbstverteidigung den Löwen erschießt. Hier könne sich der Schießende "doch sicherlich auf overmacht berufen, wenn er zur Verteidigung den Löwen erschießt und deshalb auf Grund von Art. 350 Sr (Sachbeschädigung) verfolgt würde."⁵⁾ Nach Hazewinkel-Suringa könnte der Täter deshalb nicht bestraft werden, weil er den Löwen im rechtfertigenden Notstand erschießen durfte, und weil eine fahrlässige Sachbeschädigung⁶⁾ nicht strafbar ist (fahrlässige

1) Hervorhebung durch mich

2) TvS 57, 213

3) TvS 57, 218

4) s. Bronkhorst, S.221 ff, der allerdings auf S.225 bei der Unterscheidung zwischen vorsätzlicher Herbeiführung des Notstandes und *culpa in causa* richtig ansetzt, dann aber nicht wie Hazewinkel-Suringa auf die Vorhersehbarkeit des Eingriffs in die fremde Rechtsposition abstellt; ferner Röling, NJ 1949, Nr.95; Pompe, Handboek, S.136 - 138; Rammelink, Art.40, Anm.9, S.259

5) Pompe, Handboek, S.138

6) Art.351 bis Sr gilt nicht für Art.350 Sr

actio libera in causa). Anders wäre nur zu urteilen, wenn der Täter bereits beim Betreten des Käfigs die Erschiesung des Löwen billigend in Kauf genommen hätte.

Der Weg über die actio libera in causa beim rechtfertigenden Notstand erscheint m.E. vor allem deshalb richtig, weil hier Schuld- und Rechtswidrigkeitselemente klar getrennt bleiben. Sonst könnte nämlich z.B. der Fall eintreten, daß jemand die Notstandslage fahrlässig herbeiführt, dann aber wegen vorsätzlicher Begehung der Notstandstat bestraft wird. Dieses Ergebnis wäre um so unhaltbarer, wenn die Tat fahrlässig nicht strafbar ist. Daß ein solcher falsch entschiedener Fall möglich ist, zeigt eine Entscheidung der Cour de Rennes:

Ein LKW-Fahrer war mit seinem Lastwagen an einen Bahnübergang gelangt, hatte aber die Wartezeichen der Bahnwärterin nicht beachtet, so daß er zwischen die Schranken geriet. Um eine Kollision mit dem herannahenden Zug zu vermeiden, durchbrach er die Schranke mit seinem Fahrzeug. Das Gericht¹⁾ lehnte die Berufung des Fahrers auf Notstand ab und verurteilte ihn wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung. Die Cour ließ den Notstand deshalb nicht gelten, weil der Fahrer die Signale der Schrankenwärterin nicht beachtet hat und die Notlage dadurch fahrlässig herbeigeführt habe.

Art. 456 CP beschreibt jedoch ein vorsätzliches Delikt.²⁾ Die Cour verurteilte also wegen einer vorsätzlich begangenen (und nur vorsätzlich strafbaren) Tat, die aber nur durch ein fahrlässiges Verhalten des Täters möglich wurde. Zur Zeit, als er die Schranke durchbrach, handelte er im Notstand.

1) Cour de Rennes, Urt.v. 12.4.1954, S.II.185 mit Besprechung Bouzat; vergl. auch Bouzat, S.1956 J.165 - Besprechung zu Crim. 4.1.1956 (Cour de Cassation)

2) s. Garçon, Anm.69 zu Art.465 CP

cc) Die Rechtsprechung zu Kriegsverbrechen

Ein besonderes Problem bereitete in der Zeit nach der deutschen Besetzung während des zweiten Weltkrieges die Behandlung gewisser politischer Straftäter, die sich während der Besatzungszeit freiwillig in den Dienst irgendwelcher deutscher NS-Einheiten gestellt hatten und dann, um sich nicht selbst zu gefährden, ihre Mitbürger töteten oder einsperrten. Meistens wies der Besondere Kassationsrat¹⁾ die Berufung auf overmacht durch die Angeklagten zurück. Sie wurden deshalb zur Verantwortung gezogen, weil sie sich bewußt in den Dienst einer Macht gestellt hatten, von der sie wußten oder wissen mußten, daß diese sie in die mißliche Lage bringen würde, gegen die eigenen Mitbürger vorgehen zu müssen. Sie hätten wissen müssen, daß sie notfalls ihre Mitbürger zu erschießen hatten²⁾. Nach dieser Rechtsprechung genügte es demnach, daß sich die Angeklagten leichtfertig, jedenfalls ohne zwingenden Grund in den Dienst einer feindlichen Macht gestellt hatten, um dann für alles, was sie im Rahmen ihres besonderen "Verhältnisses" vollbringen mußten, ganz zur Rechenschaft gezogen zu werden. Die Berufung auf den Befehlsnotstand konnte sie dann nicht mehr entlasten.³⁾ Nach van Eck⁴⁾ war das eigene Verschulden hier sogar nur von untergeordneter Bedeutung. Selbst unmittelbare Lebensgefahr hätte für den Täter kaum overmacht begründen können; dieser Umstand hätte sich nur in der Höhe des Strafmaßes niederschlagen können.⁴⁾

1) für Kriegsverbrechen wurde nach dem zweiten Weltkrieg eine Gerichtsbarkeit eingerichtet. Das oberste Gericht ist der "Bijzondere Raad van Cassatie".

2) BRvC, Urt.v. 26.2.1947, NOR 1947, Nr.798, 800, 804 (Fälle, in denen niederländische Angeklagte Mitbürger umkommen ließen, indem sie sie teilweise dem deutschen Pelotonfeuer ausgesetzt haben); Bijz.Hof s' Gravenhage, Urt.v. 3.1.1946, NOR 1946, Nr.482; Bijz.Hof s' Hertogenbosch, Urt.v. 26.2.1947, NOR 1947, Nr.781

3) Bronkhorst, S.260; van Eck, Praeadvies, S.15; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.273, 274; Remmelink, Art.40, Anm. 9, S.260

4) van Eck, aaO

V. Die Unterscheidung der Strafausschließungsgründe in den Niederlanden.

Bevor wir unsere Aufmerksamkeit den verschiedenen Notstandslehren in der niederländischen Literatur zuwenden¹⁾, sei zunächst auf das System der Strafausschließungsgründe im niederländischen Recht einleitend hingewiesen.

Wie im deutschen Recht²⁾ wird zwischen Strafverfolgungshindernissen³⁾ und Strafausschließungsgründen unterschieden.⁴⁾ Hier interessiert vor allem die Behandlung der Strafausschließungsgründe.

Dem deutschen Recht entsprechend wird heute in den Niederlanden zwischen Rechtfertigungsgründen, welche die Strafbarkeit der T a t ausschließen, und Entschuldigungsgründen, welche die Strafbarkeit des T ä t e r s ausschließen, unterschieden⁵⁾. R Emmelink⁵⁾ spricht auch von persönlichen und nicht persönlichen Strafausschließungsgründen.

Daneben erkennen einige Autoren noch einen dritten Strafausschließungsgrund, den sie als reinen - oder "puren" Strafausschließungsgrund bezeichnen⁶⁾. Als Beispiele hierzu werden der Notwehrexzeß (Art.41 II Sr), der Rücktritt von der gemeinsamen Vorbereitung eines Verbrechens, sofern das Verbrechen deswegen unterbleibt (Art.134 bis II Sr), die gutgläubige Befolgung einer rechtswidrigen amtlichen Anordnung im Unterordnungsverhältnis (Art.43 II Sr) und die Gewissensnot genannt. Als Begründung zur Straflosigkeit

1) s.u. VI, S.250 ff

2) z.B. Jescheck, Lehrbuch, §85, S.721 ff; §260 III StPO

3) wird bei fehlenden Prozeßvoraussetzungen dennoch angeklagt, wird das Verfahren für nicht zulässig erklärt.

4) van Bemmelen, Ons strafrecht, Nr.49 ff, S.195 ff

5) s. van Bemmelen, aaO Nr.51, S.201 ff, 205; Duynstee, TvS 53, 99; van Hattum, Handboek I, S.129, 130; Hazewinkel-Suringa, TvS 57, 189 ff, 209; dieselbe, Inleiding, S.228; R Emmelink, Tit.III Art.37, Einl. S.193; BRvC, Urt.v. 16.6.1951, NJ 1951, Nr.627; HR, Urt.v. 20.6.1950, NJ 1951, Nr.349; weitere Nachweise bei R Emmelink, aaO

6) Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.230; R Emmelink, aaO; derselbe, TvS 1969, 230; Röling, s.R Emmelink, TvS aaO

keit werden Nützlichkeits- und Billigkeitsgesichtspunkte genannt. Es scheint, daß die Vertreter der "puren" Strafausschließungsgründe an den deutschen "persönlichen Strafausschließungsgrund" gedacht haben. Eine klare Übereinstimmung ist jedoch nicht erkennbar. Während im deutschen Recht der persönliche Strafausschließungsgrund außerhalb von Rechtswidrigkeit und Schuld liegt und die Bestrafung nur Mangels Strafbedürfnisses entfallen läßt¹⁾, beruht die Strafflosigkeit im niederländischen Recht auf einem Opportunitätsgedanken bei geringer Schuld. Dies zeigt gerade auch der Hinweis Hazewinkel-Suringa's auf Art. 77 f III Sr²⁾, der es dem Richter bei Bagatelldelikten Minderjähriger überläßt, im Urteil eine bestimmte Strafe ausdrücklich anzuwenden oder ausdrücklich nicht anzuwenden. Die Opportunität knüpft hier an die Schuldhöhe an.

Van Bemmelen meint, alleine mit der Dichotomie von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen auskommen zu können und verzichtet auf die "puren" Strafausschließungsgründe.³⁾ Üblich ist heute jedenfalls die Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld, worauf es im Rahmen dieser Arbeit ankommt.

Zur Zeit der niederländischen Gesetzgebung war diese Unterscheidung noch keineswegs selbstverständlich. Sie entstand durch die Wissenschaft und Rechtsprechung⁴⁾ und verdankte ihre Entstehung vor allem den Lehren von von Liszt und Moriaud.⁵⁾ Der Gesetzgeber unterschied ursprünglich Strafausschließungsgründe, die entweder in

-
- 1) Baumann, Lehrbuch, S.486; Dreher-Tröndle, StGB §32, Vorb.17; Eser, Strafrecht I Nr.20 A 13; Jescheck, Lehrbuch, §52 S.446 ff; Lackner, StGB §13 Vor.III, Anm.5 a; Schönke-Schröder-Lenckner, StGB §32 Vor.127; LK-Rudolphi, §19 Vor.14; Wessels, Lehrb.AT, S.88
 - 2) Art.398 Sr wurde inzwischen gestrichen
 - 3) Ons strafrecht, S.206
 - 4) Rummelink, Tit.III, vor Art.37, S.193; van Bemmelen, Ons strafrecht, S.201 ff
 - 5) s. van Bemmelen, aaO S.203

oder außerhalb der Person zu suchen sind.¹⁾ Alle Strafausschließungsgründe wurden nach der MvT mit der Zurechenbarkeit der Tat auf den Täter begründet. Außerdem sollten alle Strafausschließungsgründe im Gesetz aufgeführt werden.²⁾ Dieser Gedanke ist das Spiegelbild zu Art.65 CP, nach dem nur in den gesetzlich geregelten Fällen Straffreiheit oder -milderung eintreten darf.³⁾

Die der MvT zugrunde-liegende Unterscheidung zwischen inneren und äußeren, d.h. subjektiven und objektiven Strafausschließungsgründen hat ihre Wurzel im gemeinen Recht. Der imputatio moralis oder iuris stand die imputatio physica oder facti gegenüber.⁴⁾

Die heute übliche Unterscheidung zwischen rechtfertigenden und entschuldigenden Strafausschließungsgründen hat im niederländischen Recht die gleichen praktischen Konsequenzen wie im deutschen Recht.

a) Eine tatbestandsmäßige aber nicht rechtswidrige Tat hat zur Folge, daß strafbare Teilnahme nicht möglich ist, weil diese eine rechtswidrige Haupttat voraussetzt⁵⁾. Notwehr gegen eine tatbestandsmäßige aber rechtmäßige Tat ist unzulässig, da ein rechtswidriger Angriff vorliegen muß⁶⁾.

b) Hingegen ist bei einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Handlung strafbare Teilnahme möglich, auch wenn der Haupttäter entschuldigt ist. Die Entschuldigungsgründe sind persönliche Umstände, die bei der Anwendung des Strafgesetzes nur dem Täter oder Gehilfen zugute kommen,

1) Rammelink, aaO; MvT zu Art.37 Sr, Smidt I, S.339

2) s. van Bemmelen, Ons strafrecht, S.202

3) van Bemmelen, aaO wies darauf hin, daß es allerdings schon vor Geltung des Wetboek van Strafrecht (1886) vereinzelte Stimmen gab, die über die Vorstellung der Zurechenbarkeit hinaus auch von einem R e c h t zum Begehen einer strafbaren Handlung sprachen. Hier ist van Deinse zu nennen, der in seinem Lehrbuch unter Bezugnahme auf die Naturrechtslehre bei der Notwehr von einem "Recht auf Selbstverteidigung" sprach, S.200

4) s. Schaffstein, Allgemeine Lehren vom Verbrechen, S.37; zur Imputationslehre: Pufendorf, De iure nat. et gent. Bd.I, Kap.V §3

5) arg. a contr. Art.50 Sr; h.M., s. van Bemmelen, S.203; Rammelink, Art.50, Anm.2, S.379; §§26,27,28 II,29 StGB

6) Art.41 Sr; §32 StGB; h.M., s. van Bemmelen, S.204

den sie p e r s ö n l i c h betreffen; will der Teilnehmer ebenfalls Strafflosigkeit erlangen, müssen auch bei ihm persönlich die Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes vorliegen.¹⁾

Gegen einen Angreifer, der (nur) entschuldigt ist (z.B. durch entschuldigenden Notwehrexzeß, Art.41 Abs.2 Sr; §33 StGB 1975), darf Notwehr verübt werden, weil der Angriff rechtswidrig ist.²⁾

Im Folgenden sollen die Rechtfertigungs- und die Entschuldigungsgründe im niederländischen wie im deutschen Recht in einem Schema dargestellt werden.

1) Art.50 Sr; Rettelink, aaO, S.379; van Bemmelen, aaO, S.203; §§26, 27, 28 II, 29 StGB; Dreher-Tröndle, StGB §26 Rdnr.11, §29 Rdnr.3

2) Art.41 Sr; §§32, 33 StGB; van Bemmelen, S.204, h.M.

Niederlande

- (1) Notwehr, Art.41 Sr
- (2) rechtfertigender Notstand = overmacht (Art.40 Sr) im Sinne von noodtoestand
- (3) Erfüllung einer gesetzlichen Vorschrift, Art.42 Sr: "Nicht strafbar ist, wer eine Tat zur Ausführung einer gesetzlichen Vorschrift begeht."
- (4) Begehung einer Straftat auf Grund amtlichen Befehls, Art.43 I Sr
- Art.43 I Sr: "Nicht strafbar ist, wer eine Tat zur Ausführung einer amtlichen Anordnung begeht, die von der dafür zuständigen Behörde getroffen worden ist."

- (5) Rechtfertigungsgründe im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs (Artt. 156; 261 III; 436 Sr)
- (6) Nicht gesetzlich geregelte Rechtfertigungsgründe, z.B. Züchtigungsrecht der Eltern, Be-

Deutschland

- (1) Notwehr, §32 StGB
- (2) rechtfertigender Notstand, §34 StGB
- (3) Sonderfall der Pflichtenkollision, im Gesetz nicht geregelt, s. Jescheck, Lehrbuch, S.293
- (4) trotz fehlender Regelung gilt hier nichts anderes. Die Gehorsamspflicht im Beamtenverhältnis ergibt sich aus den Beamtengesetzen (§§55,2 BBG; §37,2 BRRG; §68 LBG (Ba/Wü), außerhalb des Beamtenrechts aus den jeweiligen Vorschriften, die den Sonderstatus (Hesse, Grundzüge, S.136 ff) regeln, z.B. §11 Soldat.Ges., oder aus dem besonderen Gewaltverhältnis unmittelbar, soweit sich der Bürger diesem freiwillig unterworfen hat und eine zwangsweise Begründung nicht möglich ist (BVerfGE 33, 1, (9 ff); Hesse, S.139). Die nicht offensichtlich rechtswidrige, verbindliche Anweisung ist Rechtfertigungsgrund (ggf. Pflichtenkollision), s. Jescheck, Lehrbuch, S.316, 317
- (5) §§ 193; 240 II StGB etc.
- (6) Hier gilt grundsätzlich nichts anderes. Allerdings wird hier stärker versucht, allgemeine

1. Rechtfertigungsgründe

Niederlande

rufsrecht der Ärzte, Zustimmung durch den Verletzten, (teilweise) medizinisch indizierter Schwangerschaftsabbruch, negotiorum gestio, etc. Man beschränkt sich nicht auf einen abschließenden Katalog von Rechtfertigungsgründen, weil der Gesetzgeber nur die Regelfälle kodifizieren konnte.

(6) Darüber hinaus gibt es als außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund den "Wegfall der materiellen Rechtswidrigkeit" (vergl. van Bemmelen, Ons strafrecht, 6. Aufl. S. 99 ff.). Es handelt sich hierbei um einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund, der auf einem ähnlichen Prinzip wie die "avars" (s. u. S. 246 ff) beruht. Während es die Lehre der "formellen Rechtswidrigkeit" i. d. R. genügen läßt, daß mit dem Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale die Rechtswidrigkeit vorliegt (van Bemmelen, aao S. 99), prüft die Lehre der materiellen Rechtswidrigkeit darüber hinaus die Rechtswidrigkeit nach ihrem materiellen Inhalt. Trotz Vorliegens aller Tatbestandsvoraussetzungen kann nach dieser Lehre die Rechtswidrigkeit entfallen, wenn die Tat aus der Sicht der Rechtsordnung nichts Verwerfliches enthält. Dies ist dann der Fall, wenn ein tatbestandsmäßiges Tun einen solchen, von der Rechtsordnung gebilligten Vorteil dient, daß dadurch der Nachteil der (förmlichen) Gesetzesverletzung bei weitem überwo-gen wird (van Bemmelen, aao S. 102 mit Verweis auf Langemeijer, NJ 1950, Nr. 178). Doch wird vor einem zu großzügigen Gebrauch dieses Rechtfertigungsgrundes mit Recht gewarnt (Th. W. van Veen, Themis 1971, S. 1 ff; van Bemmelen, aao), da sich der Richter hier an die Stelle des Gesetzgebers begibt. Er darf das Gesetz nicht gegen den Gesetzgeberi-

Deutschland

Kriterien für die Rechtfertigung zu finden (Suche nach der Formel für einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund). Hier bestehen zum einen "monistische" Theorien, die die Rechtferti-gung nach dem Prinzip des "vorgehenden Guts-an-spruchs" (Schmidhäuser, AT S. 288), dem Grund-satz des "Mehr-Nutzen-als-Schaden" (Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 56) oder der "Mittel-Zweck-Relation" (Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, S. 48 ff) zu lösen versu-chen (s. Jescheck, AT S. 260). Auf der anderen Seite werden überwiegend "pluralistische" Theorien vertreten, welche die einzelnen Gesichtspunkte miteinander verbinden (Baumann AT, S. 260 ff; Bockelmann AT, 91; Jescheck AT, 260 ff; Maurach/Zipf AT, 364; Schöne/Schröder/Lenckner, Vorb. 7 zu § 32, der allerdings beim rechtfertigenden Notstand a l l e i n e mit der Interessentheorie aus-kommen will und § 34, 2 StGB für überflüssig hält, StGB § 34 Rdnr. 46 und derselbe (Lenck-ner), Der rechtfertigende Notstand, S. 146 ff, 153, 154).

1. Rechtfertigungsgründe

Niederlande

Deutschland

schen Willen anwenden. Der Richter muß sich fragen, ob der Gesetzgeber vernünftigerweise ebenso entschieden hätte, wenn er den konkreten Fall zu regeln gehabt hätte. Vor allen Dingen muß m.E. von einem objektiven Standpunkt ausgegangen werden, um zu vermeiden, daß die subjektive "Verurteilung" des Täters mit der allgemeinen Rechtsordnung in Widerstreit gerät. (s.o. IV, 2 b, S. 215). Der HR hat den Wegfall der materiellen Rechtswidrigkeit als Rechtfertigungsgrund bis jetzt nur einmal angenommen (HR Urt.v. 20.2.1933, NJ 1933, S. 918 - Tierarzt-Urteil, s.o. S. 215). In späteren Entscheidungen lehnte der HR eine Rechtfertigung wegen Wegfalls der materiellen Rechtswidrigkeit ab (HR Urt.v. 16.10.1973, NJ 1974, Nr. 29 - in dieser Sache waren insgesamt fünf Urteile ergangen; van Bemmelen, aaO S. 101 - Weigerung eines Sozialarbeiters gegenüber der Polizei, die Adresse einer von ihm untergebrachten Minderjährigen anzugeben, bis die Verhältnisse mit dem Elternhause im Interesse der Minderjährigen geklärt waren. Art. 280 Sr bestraft das vorsätzliche Verbergen eines-(r) Minderjährigen. Ebenso HR Urt.v. 23.4.1974, NJ 1974, Nr. 451 - "Aktionsgruppe MOB": unzulässige Hausbesetzung, um damit einer eigenen Meinung in der Öffentlichkeit Nachdruck zu verleihen.).



2. Entschuldigungsgründe (nach van Bemmelen, aaO)

Niederlande	Deutschland
(1) Unzurechnungsfähigkeit, Art. 37 Sr hier handelt es sich eigentlich um einen Schuldaußschließungsgrund (2) Notwehrexzeß, Art. 41 II Sr (3) Entschuldigender Notstand = overmacht (Art. 40 Sr); eine Beschränkung auf bestimmte Rechtsgüter besteht grundsätzlich nicht (s.u. VI)	(1) Unzurechnungsfähigkeit, §§ 20, 21 StGB (Schuldausschließungsgrund) (2) Notwehrexzeß, § 33 StGB (3) Entschuldigender Notstand, § 35 StGB. Diese Vorschrift erklärt nur einen bestimmten Katalog von höchst persönlichen Rechtsgütern für notstandsfähig; entschuldigenden Vermögensnotstand gibt es z.B. nicht (Dreher-Tröndle, StGB § 35 Rdnr. 5; Jescheck AT, 398; Schönke-Schröder-Lenckner, StGB § 35 Rdnr. 7; RGSt 60, 319; OLG Celle MDR 1957, 54; OLG Neustadt NJW 1957, 852; diese Beschränkung erfolgte bewußt, weil der Gesetzgeber außer in Fällen der Bedrohung höchst persönlicher Rechtsgüter davon ausging, daß die Befolgung der allgemeinen Normen zumutbar ist, s. Begründung zu § 40 E 1962, S. 161. OLG Hamm NJW 1976, 721 nahm bei einer eigenmächtigen Abwesenheit von der Truppe allerdings einen übergesetzlichen entschuldigenden Notstand an, der durch eine wirtschaftliche Notlage begründet war. (4) Dieses Problem ist als Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund (§ 17 StGB) zu lösen, soweit keine Sonderregelungen bestehen. Solche sind z.B. §§ 56 II, 3 BStG; 38 II, 2 BStG; 69 II, 3 LBG (Ba/Wü); weiterreichend § 5 I WStG; § 11 II, 2 Soldat.Ges.; § 7 II, 2 UZwG; s. Jescheck AT S. 400 ff
(4) Unberechtigt getroffene unverbindliche amtliche Anordnung, sofern der Betroffene von ihrer Richtigkeit ausging und davon ausgehen mußte, daß sie im Rahmen des Unterordnungsverhältnisses ergangen war, Art. 43 II Sr.	

2. Entschuldigungsgründe

Niederlande

(5) Entschuldigungsgründe im Besonderen Teil des Stragesetzbuchs, z.B. Art. 96 III; 103a; 122 II; 134 bis II; 137; 189 II Sr. van Bemmelen, aao S. 205, nennt außerdem Art. 400 II Sr (unterlassene Anzeige über die Kenntnisnahme eines geplanten Ungehorsams gegenüber den Anordnungen des Schiffskapitäns, sofern der Ungehorsam unterbleibt). Da das Unterbleiben des Ungehorsams jedoch nichts mit der Täterpersönlichkeit zu tun hat, handelt es sich m.E. richtigerweise um eine objektive Be- dingung der Strafbarkeit.

(6) Übergesetzliche Entschuldigungsgründe; hier nennt van Bemmelen, aao "Abwesenheit sämtlicher Schuld" (=a.v.a.s. = "avass") sowie irrtümliche Annahme von Strafausschließungsgründen.

Die Annahme Übergesetzlicher Entschuldigungsgründe ist keineswegs so selbstverständlich, weil zur Ver- weidung von Willkür der Gesetzgeber selber ent- scheiden muß, wann er dem Täter sein Verhalten nachsieht. So hat die Rsp. auch lange Berufung auf "avass" abgelehnt. "Avass" ist eine Abkürzung und bedeutet "afwezigheid van alle schuld" (Ab- wesenheit von aller Schuld), eingeführt von Vrij, Praedvies NJV 1930 und Pompe, RM 1930, S. 157 ff. Das avas-Problem tauchte bei den Übertretungsde- likten auf, in deren Beschreibung der Gesetzgeber die Erwähnung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit be- wußt weglassen hatte, und die auch keine sub-

Deutschland

(5) s.o. (4) einzelne Vorschriften zu den unver- bindlichen, rechtswidrigen Anweisungen

(6) Übergesetzliche Entschuldigungsgründe sind nur ausnahmsweise zulässig. Ent- schuldigungsgründe sind stärker als Rechtfertigungsgründe an das n o r m a l e Recht gebunden, da sonst die Beurteilung durch den Richter zu sehr an subjektive Ge- sichtspunkte (mit der Folge von Ungleichbe- handlungen) geknüpft wäre (LK-Hirsch, §51 Vorb. 168; Jescheck AT, 406; Maurach/Zipf, AT, 467; Schönke-Schröder-Lenckner, StGB, §32 Vorb. 124; Wessels AT, 80; die Rsp. läßt da- her keine erweiternde Auslegung des ent- schuldigenden Notstandes zu, RGSt 66, 397, (399); BGHSt 2, 194, (204); NJW 1953, 513, (514); anders OLG Hamm NJW 1976, 721 (s.o. (3)). Übergesetzliche Entschuldigungsgründe werden deshalb nur bei den Ausnahmen anerkannt,

2. Entschuldigungsgründe

Niederlande	Deutschland
jektiven Tatbestandsmerkmale enthalten. Nach der MvT sollte die reine Tatbestandsverwirklichung für eine Bestrafung genügen (MvT zu Buch III - über die Übertretungen im Allgemeinen, Smidt III, S. 168. Irrte sich der Täter über das Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale oder Srafausschlussesgründe, so berief er sich vergeblich auf das Fehlen jeglicher Schuld (avas), HR Urt.v. 23.5.1899, W.1899, Nr.7282; HR Urt.v. 7.12.1908, W.1908, 8777; HR Urt.v. 18.1.1915, W.1915, Nr. 9773 (Sta Besier). Die Berufung auf avas hatte erstmalig Erfolg in der bekannten "Wasser-Milch"-Entscheidung des HR, Urt.v. 14.2.1916, NJ 1916, 681 = W.9958. Ein Knecht hatte gegen eine örtliche Polizeivorschrift verstoßen, weil er mit Wasser verdünnte Milch abgeliefert hatte. Die Verordnung stellte das "Abliefern" von Milch mit irgendwelchen Zusätzen unter Strafe. Das Wasser hatte aber der Meister der Milch zugefügt, ohne daß der Knecht davon etwas wußte. Der HR begründete die Straflosigkeit des Knechts mit der Notwendigkeit, daß es "keine Strafe ohne Schuld" geben dürfe. Dies müsse auch für Übertretungen gelten. Der HR, Urt.v. 22.11.1949, NJ 1950, Nr.180 hatte "avas" erstmalig in der Kfz-Papier-Entscheidung ausdrücklich ausgesprochen. Der Beschuldigte war unerlaubt mit seinem Fahrzeug gefahren, ohne die erforderlichen Kfz-Papiere mit sich zu führen. Da ihm ein Oberwachmeister gesagt hatte, daß er über alle nötigen Papiere verfüge, war er irrtüm-	"in denen der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat in charakteristischer Weise herabgesetzt ist" (Jescheck AT, aaO; vergl. Schmidhäuser, AT, 476). Als übergesetzlichen Entschuldigungsgrund nennt Jescheck (AT, 406 ff) die entschuldigende Pflichtenkollision, wenn eine Rechtfertigung nicht eingreifen kann, weil ein Rangverhältnis der kollidierenden Pflichten sich nicht feststellen läßt (z.B. bei der Abwägung von Pflichten gegenüber dem Menschenleben).

2. Entschuldigungsgründe

Niederlande

Deutschland

lich von der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens ausgegangen. Die "avass" wird heute von der Rspr. allgemein anerkannt (HR, Urt.v. 29.10.1917, W.1917, 10190; HR, Urt.v. 23.5.1921, W.1921, 10766; HR, Urt.v. 6.1.1936, NJ 1936, Nr.491; H.R. Urt.v. 2.5.1938, NJ 1938, Nr.1014; HR, Urt.v. 22.11.1949, NJ 1950, Nr.180; HR, Urt.v. 24.6.1952, NJ 1955, Nr.742; HR, Urt.v. 28.8.1961, VR 1961, Nr.84; HR, Urt.v. 31.10.1961, NJ 1962, Nr.34; HR, Urt.v. 15.12.1964, VR 1965, Nr.13; HR, Urt.v. 23.3.1965, VR 1965, Nr.57).

"Avass" wird als allgemeiner Entschuldigungsgrund angenommen, wenn gesetzliche Strafausschließungsgründe nicht eingreifen, ein Verschulden aber beim Täter gänzlich fehlt (van Bemmelen, aao S.230; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.202). Tatsächlich handelt es sich dabei fast immer um Fälle, in denen der Täter sich über das Vorhandensein bestimmter Tatumstände oder Strafausschließungsgründe geirrt hat. Aus diesem Grunde ist der von van Bemmelen genannte Irrtum über Strafausschließungsgründe (aao S.205, 232 - Putativnotwehr, Putativnotstand etc.) nur ein Unterfall der "avass".

Ohnehin muß der gesamte Irrtum im überpositiven Recht abgehandelt werden, da es im Strafgesetzbuch keine allgemeine Irrtumsregelung gibt. Insofern besteht eine ähnliche Situation wie in Deutschland bis zum Inkrafttreten des StGB 1975 (BGHSt GS 2, 194; vergl. auch BVerfG NJW 1976, 413).

2. Entschuldigungsgründe

Niederlande	Deutschland
Tatbestands- wie Verbotsirrtum sind nach niederländischem Recht ungeschriebene Entschuldigungsgründe, sofern der Irrtum entschuldbar ist, van Bemmelen, aaO S.230, 232; van Hattum, Handboek I, Nr.196, S.322 ff; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.316 ff, 275 ff; Pompe, Handboek, S.152 ff, (154).	

VI. Der Begriff der overmacht in der niederländischen Literatur seit 1881.

Die overmacht hat in der niederländischen Literatur seit Bestehen des Strafgesetzbuchs eine ähnliche Entwicklung durchgemacht wie in der Rechtsprechung¹⁾. Auffallend ist die zunächst noch sehr starke Ausrichtung an der französischen *contrainte* gegen Ende des letzten Jahrhunderts. Mit dem 20. Jahrhundert weiten sich jedoch bald die Auffassungen und lassen ein abstrakteres Notstandsverständnis erkennen, als es die *contrainte*-Lehre vermochte. Der Einfluß des deutschen Rechts wird unübersehbar. Ohnehin hat sich in den Niederlanden stets eine nicht zu unterschätzende Neigung gezeigt, sich von der deutschen Strafrechtswissenschaft beeinflussen zu lassen²⁾.

Heute stehen sich im Wesentlichen zwei Theorien gegenüber. Es handelt sich zum einen um eine *monistische* Auffassung des Notstandes, wonach die overmacht als ein *einheitlicher* Begriff zu verstehen ist, bei dem es sich um einen Drang handelt, gegen den man *billigerweise* keinen Widerstand aufzubringen *braucht*. Eine Unterscheidung zwischen *noodtoestand* und overmacht kennt diese Lehre nicht; es gibt für sie generell nur die overmacht. Vertreten wird diese Lehre vor allem von *Pompe* und *Bronkhorst*³⁾.

Zum anderen handelt es sich um eine *differenzierende* Theorie, die im Wesentlichen der deutschen Differenzierungstheorie und damit dem Stand der §§ 34, 35 StGB 1975 entspricht. Sie unterscheidet zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand. Der rechtfertigende Notstand ergibt sich aus einer *Güterabwägung*, wonach das geringere zu Gunsten des höheren Interesses geopfert wird (*noodtoestand*). Entschuldigender Notstand ist gegeben, wenn eine Güterabwägung

1) s. Bronkhorst, Overmacht in het strafrecht, S. 264 ff

2) vergl. Pompe, TvS 1929, S. 49 ff, (55 ff)

3) s. Bronkhorst, aaO S. 293 ff

nicht vorgenommen werden kann, dem Täter aber ein normgemäßes Verhalten nicht zugemutet werden kann, insbesondere, wenn er sich selber opfern müßte. Vertreter dieser Lehre sind vor allem Hazewinkel-Suringa¹⁾, Noyon, Langenmeijer und Rammelink²⁾.

1. Die ältere Lehre.

Als Vertreter der älteren Lehre sind zu nennen Gewin³⁾ und die Kommentierung von Hazelhof-Heemskerk-Polenaar⁴⁾.

Ganz im Sinne der contrainte-Lehre und sich streng an den Wortlaut der MvT⁵⁾ haltend nannte G e w i n die overmacht des Art. 40 Sr "eine von außen herrührende Ursache, welche die Zurechenbarkeit ausschließt"⁶⁾. Wenn jemand durch vis absoluta zu einem Handeln gezwungen wurde, nahm Gewin gar keine Handlung im strafrechtlichen Sinne an. Bei psychischen oder moralischen Drang hingegen ging Gewin von einer Handlung aus, wobei man zwar "mit Beibehaltung der Schuld aber doch mit Ausschluß der Zurechenbarkeit" derart stark in Bedrängnis geraten konnte, daß man diesem unwiderstehlichen Einfluß nicht standhalten und daher nicht anders handeln konnte. Dieser Einfluß könne von Personen oder von anderen irgendwie gearteten Umständen ausgehen (vis a persona und vis a rebus)⁷⁾. Ersteren nannte er "overmacht", letzteren "noodtoestand".

Eigenartig an dieser Auffassung ist, daß Gewin bei Ausschluß der Zurechenbarkeit das Bestehen von Schuld nicht in Frage stellte. Overmacht war für ihn ein bloßer Grund zur Straflosigkeit. Er wandte sich in seinen Ausführungen insbesondere gegen die Ansicht, im Notstand einen Rechtfertigungsgrund erblicken zu können. Die im Notstand be-

1) TvS 57, S.210; Inleiding, S.265 ff

2) Rammelink, Art.40, Anm.4 S.254; Einl. zu Tit.III, S.193; Einl. S.39; vergl. Bronkhorst, aaO S.270

3) Schets van het Nederlandsche Strafrecht, S.40 f; s.auch Beginselen van Strafrecht, S.136 ff

4) Teil I, S.151 ff; vergl. Bronkhorst, aaO S.264

5) s. Smidt I, S.375

6) Schets, S.40

7) s.o. III, 1 b (3), S.143 FN 4

gangene Straftat sollte den Charakter als solche behalten und deshalb auch rechtswidrig bleiben. Straflosigkeit trete nur ein, weil es an der Zurechenbarkeit fehle. Gewin ging sogar so weit, daß er selbst in Fällen von *N o t w e h r* keinen Rechtfertigungsgrund akzeptierte, sondern auch hier die Straflosigkeit nur aus der fehlenden Zurechenbarkeit herleitete¹⁾.

Auch die Kommentierung von Hazelhof-Heemskerk-Polenaar ging von der rein subjektiven Notstandslehre aus und schien noch ganz beseelt vom Notstand des unwiderstehlichen Zwangs²⁾. Die Autoren bemerkten zu Art. 40 Sr, daß diese Vorschrift neben dem Vorsatz und den anderen Tatbestandsmerkmalen die Zurechnungsfähigkeit unterstellte, dies aber nur, sofern der Täter in seinem Willen frei war. Die den Willen des Täters beeinflussenden Kräfte mußten nach dieser Auffassung zur Annahme von overmacht so groß sein, daß er dagegen keinen Widerstand aufbringen konnte. Die Frage, wann der Täter keinen Widerstand mehr aufbringen konnte, relativierten sie damit, daß sie als Maßstab für die den Täter bedrängenden Umstände, die sowohl von Personen wie von sachlichen Gegebenheiten ausgehen konnten, die Täterindividualität heranzogen²⁾. Bestand die Bedrängnis in bloßer Furcht, mußte die drohende Gefahr so groß sein, daß sie zu Angst und Ratlosigkeit stieg; einfache Furcht ließen sie jedenfalls nicht gelten.

Die Kommentatoren verwendeten auch den Begriff "noodtoestand" und verstanden darunter eine Situation, in der Menschen in Ausübung ihrer Rechte derart in Konflikt gerieten, daß der eine sein Recht nur auf Kosten des anderen ausüben konnte. Obwohl hier bereits ein Ansatz zu einer objektiv abwägenden Notstandstheorie deutlich wird, waren die Autoren doch noch ganz in der contrainte-Vorstellung verfangen. Gerade für den Fall des Vermögensnotstandes verlangten sie, daß aus diesem ein unwiderstehlicher Zwang erwachsen müsse, um Notstand annehmen zu können. Dies sei allerdings selten der Fall. An den dem *Digesten* - Beispiel

1) Gewin, *Beginselen* S. 143

2) Hazelhof-Heemskerk-Polenaar, Teil I, S. 151 ff

entnommenen Fall, daß jemand aus Furcht vor einem sich ausbreitenden Feuer das Nachbarhaus zerstört, damit nicht das eigene vom Feuer erfaßt wird¹⁾, oder an den Fall, daß jemand einen Deich durchsticht, um sein eigenes Land gegen eine Überschwemmung zu schützen, mit diesem Vorgehen aber die benachbarten Ländereien gefährdet²⁾, stellte sie hohe Anforderungen, indem sie zusätzlich zu der Interessenabwägung verlangten, daß sich der Betroffene in einem Gemütszustand befand, aus dem heraus er nicht anders handeln konnte als durch Verletzung eines fremden Rechts³⁾. Auch der H.R. hatte jenen Fall, in welchem Bauern einen Polderdeich durchstoßen hatten²⁾, nicht anders entschieden. Die Rechtsprechung und diese Autoren schienen damals in dieser Frage eins zu gehen.

Besondere Beachtung verdient schließlich noch die Ausführung dieser Kommentatoren zum medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch. Wenn ein Arzt das noch nicht geborene Kind tötete, um auf diese einzige Weise das Leben der Mutter zu retten, so handelte er nach dieser Auffassung *n i c h t i n o v e r m a c h t*, weil er nicht durch eine Kraft, einen Drang oder Zwang getrieben wurde, gegen den er nicht angehen konnte:

"In der Tat beruht seine Straflosigkeit nur darauf, daß er ohne Vorsatz ... gehandelt hat ..." 4)

An den Stellen, an denen die Lehre des unwiderstehlichen Zwangs keinen Erfolg mehr versprechen konnte, gingen die Autoren - ebenso wie später die Cour d' Amiens in der Sache "Ménard"⁵⁾ dazu über, dem Täter den *V o r s a t z* abzusprechen. Hier zeigt sich die Bindung an die französische Strafrechtswissenschaft im letzten Jahrhundert noch einmal recht deutlich.

Einige Beachtung sollten die Dissertationen von *B o r e l* und *van P r a a g* finden, die in den Zeitraum der Arbei-

1) L.3 §7 D. de incendio 47,9 und L.49 §1 D ad lege Aquilia 9,2

2) H.R. Urt.v. 30.2.1845, W.1845, Nr.657; s.o. I, 5 a und III, 2 b, S.134 ff und IV, 1 d (2). S.196 FN 6

3) aaO

4) aaO

5) Urt.v. 22.4.1898, S.1899.II.1; s.o. III, 1 c (5), S.154 ff

ten von Moriaud, Stammler und Janka fielen.

B o r e l versuchte das Notstandsproblem von prozessualer Seite anzugehen und knüpfte daran zugleich zivilrechtliche Gedanken. Unter dem Begriff "noodtoestand" unterschied er zwei Gruppen: im einen Fall handelte es sich um Bedrohungen gegen das Leben, schwere Drohungen gegen die körperliche Integrität oder eine grobe Verletzung des Sittlichkeitsgefühls, im anderen Fall um eine bloße Gefährdung des Vermögens¹⁾. Im ersten Fall ging Borel von der V e r - m u t u n g aus, daß hier der Wille des Täters nicht frei war, während er für den anderen Fall die V e r m u - t u n g annahm, daß der Täter noch einen freien Willen besaß. Gegen beide Vermutungen wäre demnach der Gegenbeweis möglich.

Daß der Verlust von Gütern den menschlichen Willen nicht unfrei machen sollte (sofern dies überhaupt möglich ist), kann m.W. jedoch nicht einfach vom Gesetzgeber unterstellt werden, ohne den Grundsatz des in dubio pro reo zu verletzen. Wer könnte heute im Voraus die Reaktion des Betroffenen bestimmen, dem ersatzlos das Auto, das Fernsehgerät oder ein anderer wichtiger Gegenstand entzogen wird? - Hatte jemand die Wahl, entweder sein eigenes Gut zu verlieren oder aber eine geringfügige Beschädigung an einem anderen Gut vorzunehmen, bestand nach Ansicht von Borel eine durch Gegenbeweis widerlegbare Vermutung, daß der Berechtigte der Beschädigung zugestimmt haben würde. Der Schädiger sei dann zum Ersatz verpflichtet.

Van P r a a g war der Ansicht, daß man eine allgemein geltende Theorie für den Notstand nicht aufstellen könne²⁾. Jeder Notstandsfall bedurfte einer gesonderten Betrachtung. Van Praag wörtlich:

"Das Recht möge sich einfach die Frage stellen, was seine Berufung ist; es bescheinige, daß das in Not begangene Vergehen kein strafbares Unrecht ist. Die Beurteilung, ob sich wirklich ein solcher Fall zugetragen hat, möge

1) Borel, Noodtoestand, S. 28 ff

2) van Praag, Misdrijf in nood gepleegd, S. 46 ff

dem Richter überlassen bleiben."¹⁾

In Anlehnung an Berner meinte van Praag jedoch, daß man dem sich in Not Befindlichen keinen Heldenmut zumuten und von ihm auch keine Torheit erwarten dürfe. So könnte man keinen Vorwurf erheben, wenn von zwei Personen, die sich nach einem Sturz in den Abgrund in einem Hochgebirge an einem Vorsprung festklammern, der eine den anderen zu seiner Rettung gewaltsam hinunterstößt. Wenn ein wildgewordener Stier auf jemanden losrase, sei es töricht, zu seiner eigenen Rettung nicht über den Zaun eines fremden Privatgrundstücks zu springen.

Für den Fall, daß ein Menschenleben nur auf Kosten eines anderen existieren konnte, nahm van Praag in der Regel Unzurechnungsfähigkeit an. Ob aber der Notstandstäter entschuldigt oder gerechtfertigt sein sollte, ließ van Praag nicht erkennen; er sprach sowohl von "Unzurechnungsfähigkeit" wie von "kein strafbares Unrecht"¹⁾.

Indem van Praag den Notstand als ein recht komplexes Gebilde erkannte und ihn je nach Einzelfall beurteilt wissen wollte, ging er mit seiner Vorstellung über die enge contrainte-Lehre hinaus. Nicht umsonst lobte er die knapp gehaltene Vorschrift des Art. 40 Sr, die einen sehr weiten Anwendungsbereich gewährleiste. Nicht zuletzt in Kritik an der deutschen Vorschrift des § 54 RStGB schrieb van Praag:

"... keine Umschreibung des Begriffs, keine Festlegung hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Vergehen und Schuld, keine Begrenzung auf Personen, denen man, ohne sich selbst zu schaden, Hilfe leisten kann, kurz: keine der wichtigen Fragen findet in dem neuen Gesetzbuch eine Lösung. Und dies scheint mir ein großer Verdienst. Indem der neue Gesetzgeber sein Vertrauen in die niederländischen Richter besonders hervorgehoben hat, ist er sich selbst treu geblieben, wenn er (nämlich) den Richter auch in der Beurteilung in Not begangener Straftaten frei gelassen hat." 2)

Im folgenden sollen nunmehr die Vertreter der beiden grossen Hauptgruppen der overmachts-Lehre - die differenzierende und monistische Lehre - vorgestellt werden.

1) aaO

2) van Praag, Misdrijf in nood gepleegd, S. 87

2. Die differenzierende Notstandslehre.

Als erster Vertreter dieser neueren Lehre ist N o y o n zu nennen. Während die älteren Schriftsteller sich noch weitgehend an die französische Strafrechtswissenschaft gehalten haben oder wie van Praag eine undogmatische Lösung zu suchen trachteten, begann mit Noyon ein neuer dogmatischer Weg, der die Richtung nach dem deutschen Rechtssystem wies.

a) Noyon

In seiner ersten Auflage seines Kommentars von 1896 drückte Noyon sich zu Art. 40 Sr bereits deutlich aus:

Unter Heranziehung der MvT stellte er zunächst fest, daß der Gesetzgeber bewußt eine genauere Umschreibung des Notstandes vermieden, dabei allerdings drei Hauptanwendungsfälle im Auge gehabt habe -

- (1) den Fall psychischen Zwangs,
- (2) des physischen Zwangs und
- (3) des sog. "Nothstands"¹⁾.

In derselben Anmerkung nahm er dann sogleich Stellung zur vis absoluta, indem er sich der h.M. anschloß und in derartigen Fällen überhaupt keine Handlung im strafrechtlichen Sinne erblickte.¹⁾ Die physische Gewalt gehöre gar nicht unter das Notstandskapitel. Der Täter sei bei vis absoluta ein Werkzeug in der Hand eines anderen, "so daß eine Gesetzesbestimmung, die erklärt, daß ich für keinen dieser Umstände verantwortlich bin, in der Tat ebenso unnötig ist wie die aus Art. 37 Sr gestrichene Bestimmung, daß eine in Bewußtlosigkeit begangene Handlung ungestraft bleibt.

Im nächsten Abschnitt behandelte Noyon die vis compulsiva. Die "eigentliche Kraft" des Art. 40 Sr lag nach seiner Ansicht im "relativen psychischen Zwang", "unter dem der Gesetzgeber 'Nothstand', 'staat van nood' zu verstehen glaubte."²⁾ Der alten contrainte-Vorstellung, daß es sich um einen Zwang handeln müsse, dem man keinen Widerstand

1) Noyon, Art.40, Anm.1, S.161

2) Noyon, Art.40, Anm.2, S.162

entgegenzusetzen k a n n , setzte er seine eigene entgegen, nach welcher man keinen Widerstand entgegenzusetzen b r a u c h t ¹⁾. Nur so erhalte Art. 40 Sr einen Sinn, auch wenn man durch den Wortlaut der MvT zu der engeren contrainte-Ansicht geneigt sein könnte. Wer einen Diebstahl unter der Drohung, daß sonst er oder einer seiner nächsten Angehörigen getötet würde, beging, k o n n t e ihn auch unterlassen, er b r a u c h t e es jedoch nicht¹⁾.

Den dritten und vierten Abschnitt setzte Noyon mit der Unterscheidung zwischen overmacht im engeren Sinn (unter Ausschluß von "staat van nood") und overmacht im weiten Sinn ("staat van nood") fort. Noyon unterschied den Notstand nach zweierlei Ursachen: Einmal konnte die overmacht ihren Ursprung in dem Befehl einer bestimmten Person haben, die den Betroffenen zu einem bestimmten Tun nötigte (vis a persona)²⁾, zum anderen konnte sie ihren Ursprung auch in einem bestimmten Zustand haben, der den Täter in eine solche Bedrängnis brachte, daß er sich aus ihr nur durch eine strafbare Handlung befreien konnte (vis a rebus)²⁾. "In der für Art. 40 gewählten Formulierung hat der Gesetzgeber beide Ursachen mitumfassen wollen"³⁾, fügte Noyon hinzu. Er meinte allerdings, daß der Gesetzgeber besser daran getan hätte, wenn er diese Auslegung nicht der Wissenschaft überlassen sondern zumindest "staat van nood" und "overmacht" in einer einzigen Formulierung aufgenommen hätte³⁾. Der Gesetzgeber habe, auch wenn er es im Gesetz nicht aussprach, "in einem Artikel in der Tat zwei ungleichartige Sachen zusammengefaßt."³⁾

An dieser Stelle hat Noyon den Ansatz zu einer differenzierenden Notstands-Betrachtung begonnen. Sicherlich entspricht seine Auffassung noch nicht der modernen Differenzierungstheorie. Denn diese geht nicht von der Frage aus, von w e m die Gefahr herrührt und mit welchen

1) aaO

2) s.o. III, 1 b (3), S.143 FN 4

3) Noyon, Art.40, Anm.3, S.163

Mitteln sie beseitigt wird, sondern wägt die betroffenen Güter gegeneinander ab, und stellt auf den Schuldgehalt der Tat erst dann ab, wenn die Abwägung zu Ungunsten des Täters ausschlägt.¹⁾ Bei Noyon verlief die Trennungslinie zwischen vis a persona und vis a rebus. Erstere verkörperte die alte overmacht im engeren Sinn (Sachzwänge ausgeschlossen), letztere den staat van nood. Ob die overmacht im engen Sinne den Täter entschuldigt, der staat van nood hingegen rechtfertigenden Charakter hat, sagte Noyon nicht ausdrücklich. Er ließ aber erkennen, daß beim staat van nood das sittlich nicht zu Beanstandende, demnach das Erlaubte, bei der overmacht demgegenüber das sittlich nicht Zurechenbare jeweils charakteristisch sei²⁾.

Daß Noyon den staat van nood als Rechtfertigungsgrund ansah, unterstützen auch seine Ausführungen über Rettungshandlungen zu Gunsten Dritter. Denn hier wollte er die Nothilfe- (Notstands)handlung ausdrücklich als gerechtfertigt ansehen³⁾. Wie bei der Notwehr sollte bei der Notstands-Hilfe die Rettungshandlung jederzeit zulässig sein⁴⁾. Eine solche Rettungshandlung wäre nach Noyon's Notstandsverständnis nicht mit overmacht im engen Sinn zu entschuldigen gewesen. Bei der medizinischen Schwangerschaftsunterbrechung war Noyon allerdings persönlich der Ansicht, daß die Umstände auf den Arzt einen unwiderstehlichen Zwang ausübten.

Für notstandsfähig hielt Noyon alle Rechtsgüter. Bedrohtes und verletztes Rechtsgut waren je nach den konkreten Umständen gegeneinander abzuwägen. Darum hielt er es dem deutschen Gesetzgeber vor, daß er in § 54 RStGB nur die Integrität von Leib und Leben unter Schutz gestellt hat.⁵⁾

b) Simons

Deutlicher noch als Noyon trennte S i m o n s die Be-

-
- 1) seine Unterscheidung ist im Ergebnis ebenso ungeeignet und überflüssig wie die Unterscheidung in §§ 52 u. 54 RStGB. In diesem Sinne auch van Hattum, Handboek I, Nr. 208, S.348; Hazewinkel-Suringa TvS 57, S.209, 189
 - 2) so Bronkhorst, Overmacht in het strafrecht, S.272; s.u. c)
 - 3) Noyon, Art.40, Anm.6, S.165
 - 4) dagegen Simons, S.282: Notstandshilfe zu Gunsten Dritter nur, soweit sie dem Täter persönlich nahe stehen
 - 5) Anm.4, S.164

griffe overmacht und noodtoestand, die er auch in getrennten Kapiteln behandelte.¹⁾

Unter overmacht wollte Simons die Fälle physischen und psychischen Zwangs stellen, wobei er jedoch weniger auf die Unwiderstehlichkeit des ausgeübten Zwangs abstellte. Die Gewalt oder Drohung mußte so beschaffen sein, daß der dem Druck ausgesetzte Täter unabhängig davon, ob er noch die theoretische Wahl hatte, diesem Druck nachzugeben oder ihm zu widerstehen, in seiner Willensbetätigung derart beeinträchtigt war, daß d a d u r c h seine Strafbarkeit aufgehoben wurde.²⁾

Man könnte hieraus schließen, daß Simons in der overmacht einen persönlichen Strafausschließungsgrund erblickte, zumal wenn er an anderer Stelle sagte, daß bei overmacht "die Sprache von einem persönlichen Umstand, welcher die Strafbarkeit ausschließt", sei. Da aber Simons den "noodtoestand" als einen R e c h t f e r t i g u n g s g r u n d wertete (s.u.) und ihn von der "overmacht" gerade unterschied, kann er m.E. diese "persönlichen Umstände" bei der overmacht nur auf die S c h u l d ebene des Täters bezogen haben. Overmacht mußte daher ein Entschuldigungsgrund sein. Mit dem "persönlichen Umstand" wollte Simons m.E. lediglich zum Ausdruck bringen, daß das entlastende Moment nur dem Täter persönlich zu Gute kommen sollte; die Tat selber blieb dann rechtswidrig. Dafür spricht auch, daß Teilnahme strafbar und Notwehr gegen die Straftat möglich sein sollte³⁾. Außerdem rechnete Simons unter Bezugnahme auf die MvT⁴⁾ die overmacht unter die Gründe der Unzurechnungsfähigkeit und verwies sie damit eindeutig auf die Ebene der Schuld.

Den Grund der Strafflosigkeit sah Simons mit der uns durch von Pufendorf⁵⁾ bereits bekannten Argumentation, daß man sein eigenes Leben nicht aufopfern müsse, um ein anderes

1) Simons, Leerboek van het Nederlandsche strafrecht, S. 225 ff und 279 ff

2) Simons, S. 225

3) aaO, S. 226 FN 2

4) aaO, S. 226, MvT Smidt I, S. 375, 376

5) s.o. Teil 1, V 3, S.30

erhalten zu können. Dabei müsse aber auch auf die jeweiligen Tatumstände abgestellt werden.

Im Gegensatz zur overmacht im engeren Sinne zählte Simons den noodtoestand zu den Gründen, "die die Widerrechtlichkeit der Handlung und damit ihre Strafbarkeit aufheben"¹⁾; noodtoestand ist nach dieser Auffassung also Rechtfertigungsgrund. Er sah den noodtoestand als einen Fall der in Art. 40 Sr genannten overmacht (als Überbegriff)²⁾. Noodtoestand lag nach Simons vor, wenn der Täter zum Schutz seines eigenen Lebens oder Vermögens in andere Rechtsinteressen unvermeidlich eingreifen mußte³⁾.

Den Grund, warum man hier Straflosigkeit fordern müßte, sah Simons darin, daß es der Gesetzgeber für wichtiger gehalten habe, das Verbotene in Normen auszudrücken, wie es sich normalerweise hervortut, als außergewöhnliche Fälle im Gesetz festzuhalten. In derart besonderen Fällen setze der Gesetzgeber seine Normen "außer Kraft". Damit verliert das Außergewöhnliche den Charakter des Verbotenen. "Was der Gesetzgeber zuläßt, nicht verbieten will, kann nicht als unrechtmäßig betrachtet werden."⁴⁾

Obschon der Gesetzgeber nicht vorschreibt, auf welche Weise noodtoestand festzustellen ist, ging Simons ähnlich wie im deutschen Recht beim rechtfertigenden Notstand nach dem Abwägungsprinzip vor⁶⁾. Für ein geringwertiges Gut dürfe man ein fremdes Leben nicht opfern. Grundsätzlich sei aber auf jeden Einzelfall abzustellen.

c) Vos

Ähnlich wie Simons trennte auch V o s die Begriffe overmacht und noodtoestand.⁷⁾ Auch er ging zunächst von

1) Simons, S. 279 ff

2) aaO, S. 280

3) aaO, S. 279

4) aaO, S. 284; Simons nahm hier Bezug auf Ötker, aaO S. 334; Wachenfeld, Lehrbuch S. 121, 122 und die deutschen Entwürfe

6) Simons, S. 281, 282

7) Vos, Nederlandsch Strafrecht, S. 170 ff

Art. 40 Sr und der Beschreibung im der MvT aus. Die MvT interpretierte Vos dahingehend, daß man mit Rücksicht auf den "Zwang, den Drang und die Kraft", gegen den man keinen Widerstand aufbringen k a n n , das Wort "können" so zu verstehen sei, daß man einen Widerstand nicht v e r l a . g e n könne.¹⁾ Sich hier von der contrainte-Auffassung abwendend, setzte Vos einen w e r t e n d e n Maßstab. Diese Auffassung von der overmacht weist bereits auf die von Hamel und Pompe vertretene m o n i s t i - s c h e Notstandslehre.²⁾

Vos trennte sodann wie Noyon die vis absoluta, die er für "eigentlich überflüssig" hielt,³⁾ von der vis compulsiva. Letztere lag vor, wenn es dem Täter physisch zwar möglich war, anders zu handeln, eine Bestrafung seines Vergehens jedoch nicht verlangt werden konnte.⁴⁾

Ebenfalls wie Noyon unterteilte Vos die vis compulsiva wiederum in overmacht im engeren Sinne und in "noodtoestand". Die overmacht im engeren Sinne nahm er an, wenn jemand durch Gewalt oder Drohung durch eine Person (vis a persona) zu einem strafbaren Verhalten gezwungen wurde. Den "noodtoestand" erblickte er dagegen als gegeben an, wenn der Täter zur Begehung des Deliktes durch äußerliche Umstände (vis a rebus) genötigt wurde.⁵⁾ Ganz wie Noyon unterschied er damit die beiden Begriffe je nach ihrer Herkunft der drohenden Gefahr.

Die Frage, wie stark der Drang sein mußte, um overmacht i.e.S. anzunehmen, beantwortete Vos mit einem objektiven Kriterium "mit subjektivem Einschlag": man müsse danach fragen, was normalerweise von der S o r t e des Täters verlangt werden könne - so könne man z.B. von Polizisten oder Soldaten mehr erwarten als von anderen Personen.⁶⁾ Ohne Bedeutung sei jedoch die persönlich besonders ausge-

1) Vos, Anm.1 aaO

2) vergl. Duynstee, TvS 1943, S.96

3) Vos, Anm.3, S.171

4) aaO, Anm.2

5) aaO

6) aaO, Anm.4, S.172

prägte Ängstlichkeit des Täters. Das letzte Wort habe hier sicherlich die richterliche Einsicht.

Beim noodtoestand, der gleichermaßen im Konflikt zweier Handlungspflichten wie zweier Unterlassungspflichten wie auch einer Unterlassungspflicht mit einer Handlungspflicht bestehen konnte,¹⁾ unterschied Vos, ob zwei Rechtsgüter derart miteinander kollidierten, daß bei Nichteingreifen b e i d e verloren gewesen wären (Plankenfall), oder ob bei Nichteingreifen e i n Rechtsgut verschont geblieben wäre. In beiden Fällen hielt Vos eine objektive Wertung für schwierig. In der Regel würde jeder seine Güter, zumal wenn es um das Leben geht, höher einschätzen. Von niemandem könne gefordert werden, daß er sein eigenes Leben preisgebe. "Der Weichensteller, der, um sein eigenes Leben zu retten, ein Zugunglück verursacht, wodurch zahlreiche Menschen das Leben verlieren, mag kein Held sein, aber man kann doch niemanden bestrafen, weil er kein Held ist!"²⁾ Grundsätzlich, meinte Vos, habe das höhere Gut vor dem niederen den Vorrang. Bei Gleichwertigkeit der Güter müsse man sich auf die Einsicht des Richters verlassen. Im Fall der Notstandshilfe, wenn jemand das Recht eines Vierten verletzt, um einem Dritten zu helfen, sei noodtoestand aber nur dann möglich, wenn die Güter gegeneinander abwägbar sind; im Konflikt zweier Menschenleben dürfe der Täter nur zu Gunsten ihm nahe stehender Personen vorgehen³⁾. Unberücksichtigt bleibt hier der medizinisch indizierte Schwangerschaftsabbruch; er bemerkte lediglich unter dem Kapitel "andere Strafausschließungsgründe"⁴⁾, daß in bestimmten Fällen die Abtreibung gesellschaftlich keine unerlaubte Tat sei. Die Entscheidung hierüber treffe in der Regel die medizinische Wissenschaft.

Auffallend ist bei Vos, daß er sowohl der overmacht wie auch dem noodtoestand jeweils rechtfertigenden u n d

1) aaO, Anm.5

2) aaO, Anm.6

3) aaO, Anm.9 mit Hinweis auf die MvT

4) aaO, §25, Anm.5.1 a

entschuldigenden Charakter zuschrieb. Für den noodtoestand führte Vos zwei Fälle an:

Jemand rettet sein Leben unter gleichzeitiger Aufopferung vieler Menschenleben. Diesen Fall behandelte Vos unter noodtoestand, qualifizierte die Tat allerdings als rechtswidrig. In diesem noodtoestand sah er nur einen Schuld-ausschließungsgrund.¹⁾

Im anderen Fall läuft jemand über ein fremdes Grundstück, um ein wertvolles Gemälde aus einem brennenden Haus zu retten; oder eine Schildwache unterläßt die Anzeige eines drohenden Verbrechens zu einer Zeit, als es noch verhindert werden kann (Art. 135 Sr), weil sie während des Krieges auf einem verantwortungsvollen Posten steht. Hier wertete Vos den noodtoestand als Rechtfertigungsgrund.

Bei der overmacht (psychischer Drang durch vis a persona) ging Vos davon aus, daß es sich regelmäßig um eine rechtswidrige Tat handle, bei welcher nur der Täter entschuldigt sein könne. Aber auch hier führte er ein Beispiel r e c h t f e r t i g e n d e r overmacht an:

Jemand wird zu einem geringfügigen Delikt gezwungen mit einer Drohung, die den Interessen des Landes in hohem Maße Schaden zufügen würde. Dann handle es sich nicht um eine "gesellschaftlich unerlaubte Tat", und der psychische Drang sei hier Rechtfertigungsgrund.²⁾

Wenn Vos zu diesem merkwürdigen, sonst nicht üblichen³⁾ Ergebnis gelangte, sowohl bei overmacht wie bei noodtoestand jeweils entweder einen Rechtfertigungs- oder einen Entschuldigungsgrund annehmen zu können, so erstaunt dies m. d. nicht. Der Grund liegt darin, daß Vos die begriffliche Unterscheidung von overmacht und noodtoestand jeweils an die Herkunft der Gefahr anknüpfte, d.h. danach unterschied, ob die Gefahr von Personen oder Sachgegebenheiten ausging (vis a persona und vis a rebus). Dieser

1) a.p.O.

2) a.a.O.

3) s. Bronkhorst, Overmacht, S. 276

Bezug ist, wie sich hier deutlich zeigt, nicht geeignet, die rechtliche Qualifikation des Notstandes richtig zu erfassen. Denn wenn bei overmacht wie bei noodtoestand jeweils eine Rechtfertigung oder Entschuldigung vorliegen kann, ist die begriffliche Unterscheidung überflüssig. Sie erfährt erst dann einen Sinn, wenn sie s ä m t l i - c h e Kriterien erfaßt und d a n n zu einem unterschiedlichen Resultat führt.

Anknüpfungspunkt zu der Frage, ob overmacht oder noodtoestand vorliegt, kann m.E. nur eine Güterabwägung sein, d.h. das Abstellen darauf, nicht von w o die Gefahr ausgeht, sondern mit welchen M i t t e l n sie bekämpft wird. Dementsprechend hat nämlich Vos sowohl bei overmacht wie bei noodtoestand immer dann rechtfertigenden Notstand angenommen, wenn die Güterabwägung ergeben hat, daß das geschützte Gut Vorrang vor dem verletzten hatte. Entschuldigenden Notstand nahm Vos hingegen an, wenn eine Güterabwägung n i c h t möglich war (z.B. wenn mehrere Menschenleben gegeneinander "aufzurechnen" wären).

Mit der Unterscheidung zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand nahm Vos s a c h l i c h die richtige Unterscheidung vor; b e g r i f f l i c h knüpfte er jedoch mit der Frage nach der Gefahrenherkunft an ungeeignete Kriterien.

d) Duynstee

Als ein weiterer Vertreter der differenzierenden Notstandslehre ist D u y n s t e e zu nennen¹⁾. Ähnlich wie Löffler²⁾ den Notstand in Österreich und Deutschland mit einem Zustand "geradezu jämmerlicher Verworrenheit" verglich, begann Duynstee in seinen Ausführungen, die er am 24. Oktober 1942 vor der Vereinigung für die Strafrechtsprechung hielt, im Bezug auf den Notstand in den Niederlanden mit der Feststellung, daß es nötig sei, Ordnung "in die Verwirrung, die in dieser Materie noch

1) Duynstee, TvS 53 (1943), S. 94 ff

2) Löffler, Österr. Zeitschrift für Strafrecht.W. 1912, S. 358; s.o. Teil 2 IV, S.76

herrscht", zu bringen. Man sei sich zwar einig, welche Fälle unter die overmacht gehörten, "tiefgehende Meinungsverschiedenheiten" bestehen jedoch zu der Frage, auf welche Weise dies zu erfolgen habe¹⁾. Duynstee schloß sich "mit voller Überzeugung"²⁾ der Auffassung an, nach welcher die Fälle psychischen Drangs, der den Täter in so heftige, die Schuld vermindernde oder ausschließende Gemütsbewegungen versetzte, daß er dagegen keinen Widerstand bieten konnte, zu unterscheiden waren von den Fällen, in denen der Täter nicht durch Gemütsbewegungen sondern auf Grund äußerer Umstände die Vorschriften des Gesetzes nicht einzuhalten brauchte, in seinem Tun demnach gerechtfertigt war³⁾. Nach dieser Auffassung erfaßt Art. 40 Sr zwei völlig verschiedene Fälle, "die ganz gesondert betrachtet werden müssen"⁴⁾.

Um diese differenzierte Anschauung zu erklären, ging Duynstee von der psychischen Struktur des Menschen aus. In der Psyche des Menschen habe man drei verschiedene Ebenen zu unterscheiden:

- die vegetative oder biologische,
- die sensitive und
- die intellektuelle Ebene.

Die beiden letzteren zog Duynstee zu seinen Ausführungen heran (der biologische Bereich konnte hier außer Betracht bleiben). Zuerst besprach Duynstee die sensitive Sphäre. Er beschrieb sie als die Sphäre des Gefühlslebens; "allerlei Bewegungen von Angst, von Begierden, von Traurigkeit kommen darin vor. Und diese Regungen bewegen den Menschen in eine bestimmte Richtung, treiben ihn zu bestimmten Taten. Normalerweise bewegen sie den Menschen nicht derart, daß er dagegen keinen Widerstand bieten kann. Grundsätzlich kann er mit seinem Verstand die Gefühle leiten; menschliches Handeln ist gerade dadurch gekennzeichnet, daß nicht das Gefühlsleben sondern der Verstand dominiert."⁴⁾ Duynstee fuhr nun fort, daß die Gefühle so stark werden

1) Duynstee, aaO S. 94, 95

2) aaO S. 97

3) aaO S. 96

4) aaO S. 97

können, daß der Mensch gegen sie nicht mehr angehen kann. Dann entstehe ein Zustand, zu dem auch die overmacht zu rechnen sei.¹⁾ Dieser Zustand könne auch normale, d.h. psychisch gesunde Menschen erfassen, z.B. bei einem plötzlichen Schreck, Zorn oder Affekt. "Man ist dann momentan über sich selbst nicht Herr; es besteht eine Macht, die Herr unserer Vernunft ist: wahrhaft eine 'overmacht' im psychischen Leben."¹⁾

Als Beispiel nannte Duynstee einen Fall der Rechtbank von s'Hertogenbosch, in welchem sich ein nervöser Herr zu Unrecht verfolgt geglaubt hatte.²⁾ In seiner hoffnungslosen Angst hatte dieser mit seinem Stock auf seinen vermeintlichen Verfolger eingeschlagen.

Hier fehlte es nach Duynstee beim Täter ebenso wie bei einem Unzurechnungsfähigen an der S c h u l d . Sie sei zumindest so gering, daß eine Strafe ungerecht sei.³⁾

Sodann wandte sich Duynstee der intellektuellen Ebene zu. Als konkretes Beispiel zog er die "Optiker - Entscheidung" des HR⁴⁾ heran. Duynstee meinte, daß jener Optiker zu seinem Entschluß nicht durch heftige Gemütsbewegungen getrieben worden war. Seine Entscheidung, dem hilflosen Kunden zu helfen, beruhte auf einer einfachen Überlegung: zwar verstoße er (der Optiker) gegen die Ladenschlußbestimmung, doch müsse er dem Mann helfen. Es konnte hier also nicht darum gehen, ob jemand auf Grund heftiger Gemütsbewegungen schuldlos gehandelt, sondern ob er seine Überlegungen r i c h t i g , d.h. nicht der Rechtsordnung zuwider angestellt hat. Hier handelte es sich um einen Rechtfertigungsgrund, den Duynstee mit "noodtoestand" bezeichnete.⁵⁾ Sowohl psychologisch wie auch juristisch befand man sich hier nach Duynstee auf einer anderen Ebene als bei der overmacht; psychologisch ging es um die intellektuelle Ebene, auf welcher die Gefühle außer Be-

1) aaO

2) Urt.v. 19.5.1896, W.1896, Nr.6848

3) Duynstee, aaO S.98

4) Urt.v. 15.10.1923, W.1923, Nr.11113; s.o. IV,2 a S.199 ff

5) Duynstee, aaO S.99

tracht bleiben können, juristisch ging es um die Stufe der Rechtswidrigkeit.

Noodtoestand als Rechtfertigungsgrund und overmacht als Entschuldigungsgrund wurden nach Duynstee beide von Art. 40 Sr umfaßt. Dies ergebe sich aus der MvT. Die bisherige **contrainte**-Auslegung beruhe auf dem mißverstandenen Begriff "sittlicher Zwang". Dieser Auslegung Duynstee's muß m.E. zugestimmt werden, wie sich aus obigen Ausführungen zur MvT ergibt¹⁾.

In seinen weiteren Ausführungen behandelte Duynstee dann die Voraussetzungen, die jeweils für overmacht und noodtoestand gegeben sein müssen.

Bei overmacht verlangte er eine **h e f t i g e** Gemütsbewegung²⁾. Zumeist seien dies Fälle von **v i s** und **m e t u s**, "aber man würde weit fehlen, wenn man die overmacht auf diese Fälle beschränkte"³⁾. So könne z.B. auch Zorn oder Wut von Bedeutung sein. Dabei dürfe natürlich nicht jede Affektreaktion entschuldigen; es könne sich nur um solche Emotionen handeln, für deren Entstehen man auch nicht verantwortlich ist - ansonsten wäre eine Bestrafung über die *actio libera in causa* in Betracht zu ziehen⁴⁾. Nach Duynstee ist es auch nicht ungerecht, daß emotional leicht **reizbare** Menschen mehr in Schutz genommen werden als "kaltblütige". Denn wenn man im Gegensatz zu Pompe und van Hamel, die die overmacht generell als Rechtfertigungsgrund ansehen (s.u. 3), die overmacht als Entschuldigungsgrund wertet und sie von dem rechtfertigenden noodtoestand abgrenzt, bleibt die Tat sowohl beim emotional leicht wie beim emotional kaum ansprechbaren Menschen rechtswidrig. Jediglich bei der Schuld wird auf die Person des Täters Rücksicht genommen⁵⁾.

Beim noodtoestand kam es Duynstee darauf an, daß die Be-

1) s.o. IV, 1 d (2), S.195 ff

2) Duynstee, aaO S. 100

3) aaO S. 101

4) aaO S. 102 FN 5

5) aaO S. 100, 101

folgung der gesetzlichen Vorschrift vom Täter billigerweise nicht gefordert werden kann. Duynstee bezog sich hierbei auf Pompe sowie zwei gerichtliche Entscheidungen¹⁾. Der Grund, warum vom Täter in diesem Falle ein dem Gesetze gemäßes Verhalten nicht verlangt werden könne, liegt nach Duynstee's Ansicht darin, daß der Gesetzgeber seine Gebote nicht für außergewöhnliche Fälle geschrieben hat und deshalb seine Normen für solche Fälle außer Kraft setze²⁾. Die Rechtsordnung erschöpfe sich nicht in den für die Regelfälle geschriebenen Normen; sie bildet ein Ganzes. Auf letzteres sind die Sonderfälle zu beziehen. Der noodtoestand ist nach Duynstee ein solcher Sonderfall, der mit Bezug auf die Rechtsordnung nicht mißbilligt werden kann³⁾.

Einen bestimmten Weg, der die Feststellung ermöglicht, wie sich die Rechtsordnung zu einem bestimmten Tun verhält, wies Duynstee nicht. Einzig und allein maßgeblich sei die "prudentia iudicialis"⁴⁾. Duynstee hat zwar auch das Prinzip der Güterabwägung angesprochen, doch war für ihn dieser Weg, wie es scheint, sekundär: "es geht immer nur um e i n e Frage," schrieb er: "liegen die Umstände so, daß es unredlich wäre, die Beachtung des Gesetzes zu fordern? Diese Frage wird der Richter im konkreten Fall zu beantworten haben und dabei auch mit allen Umständen Rechnung halten müssen."⁵⁾

Duynstee ist m.E. darin zu folgen, daß Rechtswidrigkeit und Schuld beim Notstand stets mit Rücksicht auf die gesamte Rechtsordnung festzustellen sind. Dabei ist ihm wie auch Simons⁶⁾ auch darin zu folgen, daß der Gesetzgeber nicht alle möglichen Einzelfälle kodifizieren kann, und daß es ihm insbesondere nicht möglich ist, den gesamten Katalog aller möglichen Rechtfertigungsgründe im

1) Pompe, Handboek, §17, Nr.68 (in der 5.Aufl.S.134 f);
H.R. Urt.v. 10.6.1924, W.1924, Nr.11232 = NJ 1924, 903;
Kg Bergum Urt.v. 8.6.1915, W.1915, Nr.9804 - s.o.
IV, 2 a, S.205

2) Duynstee, aaO; Simons, aaO, S.284

3) Duynstee, aaO S. 103

4) aaO S. 104

5) aaO S. 103, 104

6) aaO; s.o. b, S.258 ff

Gesetz aufzuführen.¹⁾ Gerade die Rechtfertigungsgründe sind aus dem gesamten Komplex der Rechtsordnung zu entnehmen und daher auch dann anzuwenden, wenn sie nicht im Gesetzeskatalog aufgeführt sind. Sowohl Duynstee wie auch Simons widersprechen sich jedoch selbst, wenn sie den noodtoestand einerseits als einen Fall des Art. 40 Sr ansehen und sich für diese Ansicht auf die MvT stützen, andererseits aber den noodtoestand mit der Lückenhaftigkeit des geschriebenen Gesetzeswerkes begründen. Denn entweder ist noodtoestand eine Ausprägung der in Art. 40 Sr geregelten overmacht und damit ein *g e s e t z l i c h e r* Rechtfertigungsgrund, oder er ergibt sich aus dem überpositiven Recht und ist damit ein *ü b e r g e s e t z l i c h e r* Rechtfertigungsgrund. Wie die Gesetzesentstehung zeigt, ist m.E. ersterer Ansicht zu folgen.²⁾

Duynstee überläßt mit seiner Auffassung über den Notstand die Beurteilung des Einzelfalles **weitgehend** dem Richter. Lediglich zu der Frage, ob noodtoestand oder overmacht vorliegt, gibt er ihm eine feste Richtlinie. Diese sind aber m.E. nicht ausreichend, um eine klare Trennlinie zwischen den beiden großen Gruppen von Notstandsfällen ziehen zu können. Nach Duynstee muß sich nämlich der Richter immer ganz in die Psyche des Täters begeben, um feststellen zu können, ob der Täter sich zu seinem Verhalten durch intellektuelle Erwägungen hat leiten lassen oder ob er durch emotionale Regungen dazu getrieben worden ist³⁾. Eine wirklich exakte Feststellung wird aber dem iudex facti nie möglich sein. Denn zumeist wird der Täter durch Elemente *b e i d e r* psychischer Ebenen in seinem Handeln bestimmt worden sein. Es genügt auch nicht, daß man vorwiegend darauf abstellt, ob ein bestimmtes Tun gewöhnlich eben nur auf Grund vernünftiger Überlegung getroffen wird (z.B. Optiker - Fall), oder ob es sich normalerweise nur als Folge emotionaler Reaktion darstellt (Fall des nervösen Herrn, der sich verfolgt glaubte).

1) vergl. Jescheck, Lehrbuch, §31, III, S. 262; RGSt 61, 242, (247); BGHSt 11, 241, (244)

2) s.o. IV, 1 d (2), S.195 ff

3) vergl. Bronkhorst, Overmacht, S. 279

Denn hier entsteht die Gefahr, daß der Richter erwägt, wie e r sich verhalten hätte. Es müssen aber die entscheidenden Faktoren des T ä t e r s festgestellt werden.

Diese Schwierigkeit läßt sich m.E. mit der Lehre der objektiven Güterabwägung überwinden. Denn hier muß nicht die Psyche des Täters herangezogen sondern allein darauf abgestellt werden, ob im konkreten Fall der Täter höher-rangige Interessen geschützt hat oder nicht. Erst wenn objektiv feststeht, daß kein höherrangiges Interesse geschützt wurde, oder wenn eine Abwägung nicht möglich ist, muß auf die persönliche Schuld und damit auf die Psyche des Täters eingegangen werden. Es ist Duynstee zuzugeben, daß die Güterabwägung nicht stets geeignet und ausreichend ist, um das Rechtmäßige eines bestimmten Tuns beurteilen zu können, zumal die konkrete Wertfeststellung oft sehr schwer ist¹⁾. Zu denken sei hier nur an den Blutspender-fall (zwangsweise Blutentnahme an einem Passanten, der zufällig an einen Unfall gerät, wo seine Blutgruppe benötigt wird)²⁾. Auch wird man beim rechtfertigenden wie beim entschuldigenden Notstand stets das subjektive Merkmal des Rettungs w i l l e n s festzustellen haben, der aber leichter ausfindig zu machen ist als die psychischen Vorgänge, die den Täter bewegt haben. Wo das Abwägungsprinzip der Rechtsordnung widerspricht, ist aber stets mit Blick auf das höhere Prinzip eine Korrektur möglich. Eine solche Korrektur hat z.B. der deutsche Gesetzgeber mit der Angemessenheitsklausel in §34, 2 StGB 1975 im Gesetz selbst ermöglicht. Auch der relativ unbestimmte Begriff "overmacht" in Art. 40 Sr läßt eine solche Korrektur zu. Doch erscheint nach der hier vertretenen Auffassung die Güterabwägung zumindest der beste E i n s t i e g in die Behandlung der diversen Notstandsfälle.

1) vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 51 ff

2) s. Gallas, Beiträge S.70

e) Van Eck

Auch van Eck trennte zwischen overmacht im engen Sinne und noodtoestand und unterschied entsprechend zwischen Entschuldigungs- und Rechtfertigungsgrund¹⁾. Wesen des noodtoestand ist nach ihm der Schutz des höheren Rechtsguts unter gleichzeitiger Aufhebung der Pflicht, die gesetzliche Strafnorm zu beachten. Die Strafflosigkeit bei der overmacht hingegen sei im Verlust der freien Willensbildung und dem Fehlen der freien Selbstbestimmung zu suchen.

Der Richter muß nach van Eck zuerst die Voraussetzungen des noodtoestand prüfen und darf overmacht erst untersuchen, wenn noodtoestand nicht vorliegt. Dieser Ansicht ist voll zuzustimmen, da die Rechtswidrigkeit immer den Vorrang vor der Schuldfrage verdient. Man kann nicht nach der Schuld des Täters an diesem recht m ä s s i g e n Tun fragen! Dies hat der BGH in einer kürzlich ergangenen Entscheidung übersehen, in der er entschuldigenden Notstand angenommen hat (§ 35 StGB), gleichzeitig aber offen ließ, ob rechtfertigender Notstand gegeben war, obschon er letzteres für wahrscheinlich gehalten hat²⁾.

Das maßgebliche Kriterium für den noodtoestand war für van Eck die Güterabwägung. Dazu führte er aus: "so sind wirtschaftliche Rechtsgüter von niederem Rang als das Leben oder die integritas corporis; so ist ebenfalls das Wohlbefinden eines einzelnen - absolut genommen - weniger wert als das Wohlergehen des Staates"³⁾. Gerade letzteres Beispiel, daß eben n i c h t "absolut genommen" werden darf, erscheint sehr zweifelhaft. Hier braucht nur an die eigene deutsche Vergangenheit oder an ihre Gegenwart im östlichen Teil erinnert zu werden. So findet sich denn auch bei van Eck eine Relativierung, nach welcher er

1) van Eck, De overmacht in het strafrecht (Praeadvies), S. 12, 36

2) BGH Urt.v. 15.5.1979 - 1 StR 74/79 in NJW 1979, 2053

3) van Eck, aaO S. 19, 20

seine Rechtsgüterabwägung wieder einschränkt. Die Wertung muß auf den Täter selbst bezogen werden und darf die Güterabwägung von ihm nicht abstrahieren. Dieser Täter-Bezug ist ein Korrektiv seines Güterabwägungsprinzips. Diese Relativierung wendet van Eck auch auf Fälle der Kollision mehrerer Menschenleben an. Dabei geht er von dem Grundsatz aus, daß die primären Güter des Individuums für dieses von höchstem Rang seien. Nach objektiver Kalkulation müßte das Leben einer Einzelperson niedriger eingeschätzt werden als das mehrerer Menschen. Doch werde grundsätzlich niemand bereit sein oder sich verpflichtet fühlen, sein eigenes Leben für andere aufzuopfern.

Van Eck knüpft hier die Wertordnung der Güter an die eigene Wertung des Täters. Dieser Weg darf jedoch m.E. nicht beschritten werden. Die von der Rechtsordnung gesetzten Wertmaßstäbe kann nicht der einzelne "herausfinden"; sie besteht aus sich selbst heraus (objektiv), stets in Korrelation mit den ethischen Vorstellungen der Gesellschaft. Im Konfliktfall muß hierüber der Richter entscheiden.

Die Relativierung der Abwägung kann wiederum nur objektiv erfolgen, d.h. es muß zur Rechtsordnung ein objektiver Bezug gesetzt werden. Wenn Leben gegen Leben kollidiert, darf der Betroffene nicht in "objektivierender" Weise, d.h. mit Verbindlichkeit für die Rechtsordnung sein eigenes Leben über ein anderes stellen. Die Unantastbarkeit des menschlichen Lebens ergibt sich aus allen rechtsstaatlichen Verfassungen, und auch die abendländisch-christliche Tradition stellt das Menschenleben seit je her unter das Tötungsverbot. Die Rechtsordnung erklärt im Gegenteil verbindlich, daß die Lebenssphäre des anderen zu beachten ist. Daher kann es m.E. auch nicht erlaubt sein, in das Leben anderer einzugreifen, wenn ansonsten das eigene Leben auf dem Spiel steht. Die Rechtsgüter "Leben" sind gegeneinander unabwägbar.¹⁾ Eine selbst in Not begangene Tat gegen das Menschenleben muß daher rechtswidrig sein.

1) vergl. Jescheck, Lehrbuch, S.291, 294, 295, 407

Die Frage, ob man sein eigenes Leben für andere opfern muß, darf nicht an der Tat gemessen, sondern muß an den Täter gerichtet werden. Meistens wird man das Selbstopfer dem normalen Bürger nicht zumuten können (anders beim Soldaten, Polizisten oder Feuerwehrmann; auch an den Widerstandskämpfer wurden strengere Maßstäbe gelegt¹⁾). Doch handelt es sich hier dann um die *Schuld* des Täters, weshalb nur overmacht, d.h. entschuldigender Notstand zur Prüfung gelangen kann²⁾.

Da van Eck auch für die Kollision gleichrangiger Güter, insbesondere von mehreren Menschenleben die Möglichkeit rechtfertigenden Notstandes angenommen hat, selbst wenn dies sogar mehrere Menschenleben kosten würde³⁾, wobei allerdings immer auf den konkreten, der *prudencia iudicis* zu überlassenden Einzelfall abzustellen ist⁴⁾, bleibt für die entschuldigende overmacht bei van Eck nur noch ein begrenzter Spielraum. Diese erinnert sehr an die *contrainte*. Der Richter muß bei overmacht genau prüfen, ob der Täter in seiner Willensfreiheit beeinträchtigt war, als er die Tat beging⁵⁾. Solche Feststellungen dürften das richterliche Aufklärungsvermögen oft überschreiten.

f) Hazewinkel-Suringa

Eine ganz andere Position im Spektrum der Differenzierungslehre als van Eck bezieht die Rechtsgelehrte *H a z e w i n k e l - S u r i n g a*. In ihrer sehr aus-

-
- 1) B.R.v.C. Urt.v. 23.10.1946, N.O.R. 1946, Nr. 707; Bijz. Hof von Amsterdam, Urt.v. 15.8.1946, N.O.R. 1946, Nr. 513
 - 2) die "Mignonette"-Entscheidung (s.u.) lehrt uns, daß hier Straflosigkeit keineswegs selbstverständlich ist.
 - 3) "der einzelne kann daher, wenn er vor die Wahl gestellt ist, eine strafbare Handlung zu unterlassen, was ihm sein eigenes Leben kosten würde, oder diese zu begehen, wobei dies den Verlust vieler Leben mit sich brächte, den letzteren Weg wählen, ohne sich einer Unrechtmäßigkeit schuldig zu machen", aaO S.21
 - 4) aaO S. 31, 32
 - 5) s. Bronkhorst, aaO S. 283; Pompe, Thijmgenootschap s' Gravenhage 1948, S. 193

föhrlichen Arbeit¹⁾ nimmt sie zuerst Stellung zum Begriff der "overmacht" unter Bezugnahme auf das englische, französische und deutsche Recht samt den Gesetzesentwürfen und die niederländische Literatur und Rechtsprechung. Diesen Ausführungen folgt die Entstehungsgeschichte des Art. 40 Sr sowie ein historischer Überblick über ältere Rechtsquellen²⁾. Nach einer Übersicht über die vier älteren monistischen Notstandslehren³⁾ vor allem in Deutschland und in Frankreich⁴⁾ und der Begründung der jeweiligen Straflosigkeit⁵⁾ folgt dann schließlich die eigene Stellungnahme, nach welcher der Notstand differenziert zu lösen ist⁶⁾. Hazewinkel-Suringa schließt ihre Arbeit dann mit zusätzlichen Ausführungen zum verschuldeten Notstand⁷⁾, Putativnotstand⁸⁾, Notstandsexzeß⁹⁾ und einer Übersicht über besondere gesetzliche Regelungen und Rechtsprechung¹⁰⁾.

Hazewinkel-Suringa ist ebenfalls ein Vertreter der Differenzierungslehre¹¹⁾. "Eine Aufspaltung nehmen Simons, Noyon, Zevenbergen, Duynstee, Vos und van Eck vor - zu Recht nach unserer Meinung. Daß die overmacht a priori sich auf e i n e Lösung stützen könnte, ist eine petitio

1) TvS 57 (1948), S. 141 ff (172 ff), (189 ff)

2) von Hamurabi, 2250 v.Chr.; Talmud; Manu, 600 v.Chr. über antike Quellen (Aristoteles, Cicero, Seneca), römische Rechtsgelehrte (Paulus), germanisches Recht, kanonisches Recht, italienische Schule (Cicero), die niederländischen Gelehrten Grotius und Matthäus bis zu den deutschen Philosophen und Rechtsgelehrten des 19. Jahrhunderts, aaO S. 157 ff

3) Notstand als a) persönlicher Strafausschließungsgrund, b) Entschuldigungsgrund, c) irrelevante Erscheinung (Exemptionstheorie) und d) Rechtfertigungsgrund

4) S. 172 ff

5) S. 187 ff

6) S. 205 ff

7) S. 212 ff

8) S. 219 ff

9) S. 221

10) S. 221 - 236

11) S. 208; dieselbe: Inleiding, S. 265 ff

principii".¹⁾ Hazewinkel-Suringa unterscheidet overmacht als Entschuldigungsgrund und als Rechtfertigungsgrund.²⁾ In jedem Einzelfall muß nach ihrer Ansicht o b j e k - t i v das jeweils zu opfernde und das zu schützende Interesse geprüft werden, um danach festzustellen, ob die overmacht das Verhalten rechtfertigt, oder ob dem Täter nur verziehen werden kann (Entschuldigung). Die "Objektivität" bestimmt sich nach ihrer Ansicht nach dem gesellschaftlichen Nutzen, den sie von dem Selbsterhaltungstrieb des Betroffenen, der das eigene Gut immer als höherwertig erscheinen läßt, zu trennen sucht. Sie zitiert hierzu Donnedieu de Vabres³⁾: "L'état de nécessité en tant que fait justificatif, a pour fondement l'utilité sociale. C'est un point de vue objectif."⁴⁾

Dieser "Nutzen" ist durch gegenseitiges Abwägen der betroffenen Belange durch Reduzierung auf den "objektiv günstigsten Saldo" festzustellen.⁵⁾ Wenn der Selbsterhaltungstrieb die Tat bestimmt hat und eine zur Rechtfertigung führende Saldierung nicht möglich erscheint, liegt zwar kein rechtfertigender Notstand vor, so kann aber doch noch von "Verzeihlichkeit" (Entschuldigung) die Rede sein.⁶⁾ An dieser Stelle wendet sich Hazewinkel-Suringa auch gegen Simons und Noyon, die den Notstand nach der Herkunft der Gefahr unterschieden haben:⁷⁾ "Nicht die Ursache der Not ist erheblich, sondern alleine die Weise, nach der man sich aus ihr rettet."⁸⁾ Hazewinkel-Suringa

-
- 1) TvS aaO, mit Verweis auf Dohna, JW 1921, 369: er wirft §19 E 1919 vor, den Notstand nur in den Bereich der Rechtfertigungsgründe zu verweisen mit fakultativer Entschuldigung bei Notstandsexzeß. "Das Problem erheischt eine Absichtung der einschlägigen Fälle unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des überwiegenden Interesses als Rechtfertigungsgrundes auf der einen, der Selbsterhaltung als Entschuldigungsgrundes auf der anderen Seite;" Oetker, Vergl.Darstellung II aaO, S.332; Olshausen, Kommentar, §54 Anm.3
 - 2) In ihrem Lehrbuch spricht sie auch von "noodtoestand", Inleiding, S.265 ff
 - 3) Donnedieu de Vabres, Art.64, Nr.380
 - 4) Hazewinkel-Suringa, TvS aaO S.198
 - 5) aaO S.209
 - 6) aaO
 - 7) bei Simons (s.o. b) läßt sich m.E. eine solche Differenzierung nicht feststellen, wohl aber bei Vos (s.o. c)
 - 8) Hazewinkel-Suringa, aaO S.209 u. 189

stellt also zur Unterscheidung von rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand auf die vom Täter eingesetzten *M i t t e l* ab; hieran soll entschieden werden, ob und wie weit die einzelne Tat der Gesellschaft objektiv von Nutzen ist. Läßt dieser sich auf ein positives Resultat saldieren, liegt rechtfertigender Notstand vor, anderenfalls kann es sich um einen entschuldigenden Notstand handeln. Bei *G l e i c h w e r t i g k e i t* verneint Hazewinkel-Suringa das Vorliegen von overmacht. Bei der Kollision zweier Menschenleben sei jedoch entschuldigender Notstand möglich.¹⁾

Wie die "Saldierung" im einzelnen vorzunehmen ist, sagt Hazewinkel-Suringa nicht. Für sie ist der konkrete *E i n z e l f a l l* maßgeblich.²⁾ Aus diesem Grunde hat sie einzelne Fallgruppen gebildet, aus denen sie das jeweils objektive Wertverhältnis ableitet.³⁾

Zuerst sondert sie die Fälle der *vis absoluta* ("*impossibilium nulla est obligatio*") von den overmachts-Fällen aus, weil diese aus dem "Willensleben" herausfallen und deshalb nicht be- und verurteilbar sind.³⁾

Kollidieren Rechtspflichten, kann nach Hazewinkel-Suringa grundsätzlich von einer Rechtfertigung nur ausgegangen werden, wenn das wichtigste Interesse bewahrt worden ist.

In Gefahrengemeinschaften muß unterschieden werden, ob es sich um Sachgüter oder um Menschenleben handelt. Bei der Rettung von Sachgütern kann eine Rechtfertigung gegeben sein, wenn so nur ein Teilschaden entstanden ist, der für die Gesellschaft "nützlicher" ist, als wenn sie den gesamten Verlust hinnehmen müßte (z.B. Überbordwerfen von Waren bei Seenot).⁴⁾ "Unebenheiten" sind gegebenenfalls

1) aaO. S.199

2) aaO S.209

3) aaO S.210; eine solche Lösung bei der Pflichtenkollision strebt auch Otto an, Pflichtenkollision, S.76 ff

4) vergl. Artt. 357, 358 W.v.K.; § 904 BGB

durch Leistung von Schadensersatz auszugleichen.

Bei Menschenleben kann hingegen eine Abwägung nicht getroffen werden. Jedes Leben hat vor dem Recht gleichen Wert, so daß die Opferung des einen Lebens zu Gunsten des anderen für die Gesellschaft nicht von Nutzen sein kann. Die Tat kann nicht rechtmäßig sein, zumal dem Opfer dann die Notwehr untersagt wäre¹⁾.

Bei der Pflichtenkollision, bei der sowohl Handlungspflichten untereinander wie auch jeweils eine Handlungspflicht mit einer Unterlassungspflicht kollidieren können, ist nach Hazewinkel-Suringa rechtfertigende overmacht nur anzunehmen, "wenn mehr gerettet wird als preisgegeben". Auszunehmen hiervon sind konsequenterweise die Fälle, in denen Menschenleben kollidieren, weil die "objektive Gleichwertigkeit" dieser Rechtsgüter eine Rechtfertigung verhindert. Möglich ist dann lediglich eine Entschuldigung des Täters. Hilfeleistungen in letzterem Falle sind strafbar, wenn sie nicht von solchen Personen erfolgen, welche die Not des Notleidenden wie eigene Not empfinden (z.B. nahe Angehörige). "Aber da, wo die mißliche Situation mit der Wahl des objektiv kleinsten Übels beendet wird, entfällt die Widerrechtlichkeit mit allen Konsequenzen für die straflose Teilnahme und das Verbot der Notwehr der Person, auf die der Schaden abgewälzt wird^{1). 2)}

Die Rechtmäßigkeit eines dem Wortlaut nach einer Norm zuwiderlaufenden Tuns ergibt sich nach Hazewinkel-Suringa aus der Billigung in der höchsten Not.³⁾ Der Gesetzgeber kann für derart außergewöhnliche Fälle seine Gesetze nicht immer anpassen, eine Bestrafung wäre aber unbillig.⁴⁾

1) aaO S. 210

2) sie stützt ihre Ansicht u.a. auf Merkel (Die Kollision rechtmäßiger Interessen, S.57): "Als der primäre und beherrschende Gesichtspunkt für die Behandlung der Notstandsfälle ist somit jener objektive des überwiegenden Interesses anzuerkennen, während dem subjektiven nur eine sekundäre Bedeutung zukommt für diejenigen Handlungen, die sich nach der vom objektiven Standpunkt aus getroffenen Entscheidung als rechtswidrig ergeben" zit. nach TvS aaO S.210 FN 127

3) aaO S. 211

4) aaO S. 212; vergl. Duynstee aaO, S. 103

Oft sind die Gesetze zu eng formuliert, die bei genauer Befolgung mehr Schaden als Nutzen bringen. Hazewinkel-Suringa verweist in diesem Zusammenhang auf das Kapitel über den Krieg der Untertanen gegen die Obrigkeit (de bello subditorum) von Hugo Grotius, dessen Zitierung hier angebracht erscheint¹⁾:

"Schwieriger ist jene Frage, ob das Gebot keinen Widerstand zu leisten (erg. gegen die Obrigkeit), für uns auch in der schwersten und offenbarsten Gefahr gilt. Denn auch Gottes Gesetze haben, obwohl sie einen allgemeinen Wortlaut besitzen, in höchster Not eine Ausnahme: dies wurde von den Schriftgelehrten zum Gesetz des Sabbaths zur Zeit der Hasmonäer bestimmt. Von daher stammt der bekannte Ausspruch: 'Die Gefahr der Seele bricht den Sabbath' ..." 2)

Für den Gesetzgeber sieht hier Hazewinkel-Suringa zwei Auswege: entweder muß der Ausnahmefall durch die Klausel "ohne Not" der jeweiligen einzelnen Norm im besonderen Teil des Strafgesetzbuchs hinzugefügt werden (wie z.B. in Art. 436 Sr - "ohne zwingende Gründe"³⁾) oder die exceptio necessitatis muß im allgemeinen Teil aufgenommen werden⁴⁾. Der rechtfertigende Notstand offenbart sich demnach insbesondere da, wo die Gesetze zu eng formuliert sind und deshalb für besondere Umstände keinen Raum lassen⁵⁾.

Beim entschuldigenden Notstand hingegen, so folgert Hazewinkel-Suringa, "funktionieren" zwar die Gesetze, aber die Menschen sind zu schwach und unvollkommen, um die Norm stets beachten zu können, obwohl deren Richtigkeit erkennbar ist. Hazewinkel-Suringa zitiert hierzu aus dem Kapitel "de poenis" von Grotius :

1) Grotius, De iure belli ac pacis, Lib.I. Cap.IV, § VII,1

2) "Gravior illa est quaestio, an lex de non resistendo nos obliget in gravissimo et certissimo discrimine. Nam leges etiam tacitam habent exceptionem summae necessitatis: quod de lege Sabbati Hasamonaeorum temporibus a sapientibus definitum fuit: unde dicitur celebre: 'periculum animae impellit Sabbatum'"

3) S.o. IV, 2 b, S.212 (H.R. Urt.v. 26.3.1957, NJ 1957, Nr. 473)

4) Hazewinkel-Suringa, aaO S. 211

5) aaO S. 212

"Handlungen, die nach der menschlichen Natur unvermeidlich sind, können von den Menschen nicht bestraft werden" 1).

Den Gedanken Hazewinkel-Suringa's ist m.E. grundsätzlich zu folgen. Sie setzt den Ansatzpunkt richtig, indem sie zunächst nach der Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung fragt und diese objektiv mit einer auf den Einzelfall bezogenen, konkreten Interessenabwägung (Prinzip des überwiegenden Interesses) feststellt. Wenn der konkrete Fall eine Rechtfertigung auf diese Weise nicht zuläßt, beginnt sie mit der Frage, ob das Verhalten mit Rücksicht auf die Natur des Menschen verzeihlich ist, ob der Täter sich also entschuldigen kann. Diese Unterscheidung erscheint mir richtig. Sie ist notwendig, weil die Wirklichkeit uns lehrt, daß es durchaus einen Unterschied macht, "ob der Alpinist zur Rettung aus schwerer Bergnot einen Hausfriedenbruch begeht, indem er in eine leerstehende Berghütte eindringt, oder ob ein Schiffbrüchiger seinen Schicksalsgefährten von dem rettenden Floß ins Wasser stößt, da dessen Tragkraft nicht ausreicht, beide über Wasser zu halten." 2) Im ersten Fall kann das Verhalten als solches nicht mißbilligt werden; Teilnahme bleibt daher straflos, der Eigentümer muß die Beeinträchtigung dulden 3). Hingegen kann das Verhalten im letzteren Fall nicht gebilligt werden; das Opfer darf sich wehren, Teilnahme ist strafbar. Nur "eingedenk der humana fragilitas" verzichtet hier die Rechtsordnung "auf die Erhebung des Schuldvorwurfs" 4). Hazewinkel-Suringa erfaßt diese Unterschiedlichkeit richtig, weil sie nicht wie Moyo und Vos nach der Herkunft der Gefahren sondern nach den Umständen des Täters fragt. Nur sein Verhalten kann zur Rechtsordnung in Bezug gesetzt werden.

-
- 1) Grotius, aaO Lib.II, Cap.XX, § XIX, 1: "... puniri ab hominibus nequeunt actus inevitabiles naturae humanae"
 - 2) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 7
 - 3) § 909 BGB; vergl. Jescheck, Lehrbuch, §33 III, S.286
 - 4) Lenckner, aaO S.8

Der Einwand von Bronkhorst, Hazewinkel-Suringa nehme hier einen zu "buchhalterischen" Standpunkt ein, vermag m.E. nicht zu überzeugen. Er erinnert etwas an die bekannten Angriffe Hold von Ferneck's gegen das Abwägungsprinzip:

"Allerdings hält Themis eine Waage in Händen. Aber sie wägt Schuld und Sühne, nicht Rechtsgüter, noch weniger Sachen und Geld. Dies besorgt das Höckerweib."¹⁾

Es gehört nun einmal zu der schwierigen Aufgabe des Richters, in jedem Einzelfall, in dem sich ein Angeklagter auf Notstand beruft, eine objektive Wertfeststellung der betroffenen Güter vorzunehmen. An dieser Abwägung ist nichts Verwerfliches zu sehen, da es sich hier nicht um ein "Verhökern" oder eine "buchhalterische" Kalkulation handelt, sondern weil hiermit ein ganz bestimmtes Verhalten in Bezug zur gesamten Rechtsordnung gesetzt wird. Da nun aber innerhalb der Rechtsordnung die verschiedenen Güter nicht gleich und gleichrangig sind und sein können, muß diese Abwägung vom Richter vorgenommen werden.

Für die Wertfeststellung der betroffenen Güter mag die Höhe der Strafsanktion der jeweils betroffenen Strafnorm Anhaltspunkt sein. Diesen Weg hatte das Reichsgericht eingeschlagen²⁾, der in den Niederlanden allerdings durch den sehr weiten Strafspielraum wegen der fehlenden Strafminima in den einzelnen Normen schwer gangbar sein wird. Der Richter muß für eine gerechte Abwägung ein ausgeprägtes Wertgefühl besitzen³⁾ und in der Lage sein, sich genau in die konkreten Umstände zu versetzen⁴⁾ und die betroffenen Interessen zu erkennen. Es ist Bronkhorst zuzugeben, daß die Abwägung nicht das einzige Rechtfertigungselement sein kann⁵⁾, sie ist aber m.E. ein wesentliches. Das Prinzip des Überwiegenden Interesses ist der Ausdruck dafür, daß die Rechtsordnung Prioritäten setzt, die der Richter berücksichtigen muß.

1) Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, II, 1, S.66

2) RGSt 6, 242 ff (2. u. 3. Aufl.)

3) so auch van Hattum, Leerboek I, S.350

4) eine Forderung, die ja auch Bronkhorst stellt, S.294 (u.a.)

5) Bronkhorst, aaO S.286

Gewiß mag es Ausnahmefälle geben. Zu denken ist an den bereits genannten "Blutspende-Fall" ¹⁾. Dann bedarf die Interessenabwägung einer Korrektur, die den "sozialethischen Sinn der Notstandshandlung im Rahmen der Gesamtrechtsordnung" ²⁾ im Auge behält. A u s g a n g s - p u n k t bleibt aber das Prinzip der Interessenabwägung ¹⁾. Mit ihrer Ausrichtung auf den Einzelfall und ihrem Vertrauen in die prudentia iudicis trägt Hazewinkel-Suringa im übrigen den Ausnahmefällen genügend Rechnung.

Überflüssig erscheint m.E. ihre Bildung von Fallgruppen. Denn allen ihren Fällen ist das Prinzip des überwiegenden Interesses gemeinsam. Wenn sie bei Gleichwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter eine Rechtfertigung verneint, so ist dies nur konsequent. Den Konflikt von Menschenleben hält sie für unabwägbar; hier ist nur eine Entschuldigung auf Grund menschlicher Schwachheit und des Selbst-erhaltungstriebes möglich. Hazewinkel-Suringa's Auffassung läßt sich auf einen Nenner bringen:

Eine im Notstand begangene strafbare Handlung ist gerechtfertigt, wenn sie von mehreren betroffenen Interessen das objektiv höchstwertige geschützt hat.

Ist eine Abwägung objektiv nicht möglich, so ist der Täter nicht strafbar, wenn er mit Rücksicht auf seine menschliche Natur entschuldigt ist.

Dabei sind die besonderen Umstände des Einzelfalls stets zu berücksichtigen.

Hazewinkel-Suringa vertritt damit im Grunde die in Deutschland derzeit herrschende Differenzierungslehre.

1) s.o. d, S.270 (Gallas, Beiträge, S.70)

2) Jescheck, Lehrbuch, §33, IV, 3 d, S.291; diesem Erfordernis ist der deutsche Gesetzgeber - wie bereits mehrfach erwähnt (s. FN 1) - bekanntlich in § 34, 2 StGB 75 nachgekommen. Gerade beim Blutspendenfall wird man bei einer vernünftigen Interessenabwägung nicht daran vorbeikommen, dem Leben des Unfallopfers das größere Gewicht beizumessen. Es handelt sich hier aber um ein e t h i s c h e s Problem, das nicht mit einer Abwägung lösbar ist. Eine Beschränkung auf eine (weit zu interpretierende) Interessenabwägung genügt hier nicht; so aber Lenckner, aaO S.126 und §15 AB. Lenckner verbindet den Interessen- mit dem Wertkonflikt zu einem Gesamtkonflikt. Diese Synthese ist aber nicht zulässig, weil es sich bei dem "Wertkonflikt" in Wahrheit nicht um einen Konflikt handelt sondern um ein Wertungs-

g) van Bemmelen

Im Prinzip gleicher Ansicht wie Hazewinkel-Suringa ist van B e m m e l e n ¹⁾. Vor allem unter Zitierung der Rechtsprechung zeigt er die Entwicklung der niederländischen Notstandslehre und die allmähliche Differenzierung des Notstands. Er gelangt dann aber ebenso wie van Hattum²⁾ und auch Langenmeijer und R Emmelink³⁾ zu einer D r e i t e i l u n g des Notstands: er unterscheidet (1) overmacht i.e.S. (vis compulsiva), (2) rechtfertigenden noodtoestand (über die Abwägungslehre) (3) entschuldigenden Notstand, den er als "noodtoestand-exces" bezeichnet.⁴⁾

Als Beispiel für den "Notstandsexzeß" führt van Bemmelen den Fall des erpreßten Widerstandskämpfers an⁵⁾. Dort handelte es sich aber m.E. gerade nicht um einen Exzeß sondern einen typischen Fall von vis compulsiva⁵⁾. Der Angeklagte, der das Versteck der ihm befreundeten Widerstandskämpfer bei einem Verhör durch NS-Offiziere verraten hatte, beging den Verrat nicht als Überreaktion infolge kopflosen Handelns, sondern weil seine Widerstandskraft gegen die Folterungen, die er mit ansehen mußte nicht gewachsen war. Der Angeklagte wurde psychisch gezwungen, etwas gegen seinen Willen auszusagen.

Der Begriff des "Notstandsexzeß", der auch in einigen deutschen Entwürfen auftauchte, erscheint m.E. zur Charakterisierung des entschuldigenden Notstands nicht geeignet.⁶⁾ Ein Exzeß bedeutet immer ein "zu viel" an Reaktion. Die bekannten Beispiele für den entschuldigenden

korrektiv, das gewissermaßen vertikal in den horizontalen Interessenkonflikt eingreift.

1) van Bemmelen, Ons strafrecht, Nr.52, S.206 ff

2) s.u. i, S.288 ff

3) s.u. h, S.283 ff

4) aaO S. 208, 209

5) s.u. i; B.R.v.C. Urt.v. 24.6.1946, NJ 1947, Nr.149

6) R Emmelink behandelt den entschuldigenden Notstand (im weiteren Sinne) unter der "Nichtzumutbarkeit", Art.40, Anm.7, S.257 und FN 1; s.u. h S.283

Notstand (Plankenfall, Diebstahl aus Hunger etc.) sind in Wahrheit jedoch nicht Fälle eines "zu vielen" sondern eines "zu wenig" - nämlich an Standfestigkeit. Tritt einmal wirklich eine Exzeßlage ein, in welcher der Täter das Erforderliche zur Gefahrenabwehr überschreitet, dann kann er bereits aus dem Gesichtspunkt des "einfachen" Notstandes entschuldigt werden. Die Verzeihlichkeit muß sich nicht nur darauf beschränken, daß man von dem Täter nicht erwarten kann, daß er sich wie ein Held benimmt. Resultiert seine Überreaktion z.B. aus Furcht, Schrecken oder sonstiger Verwirrung, so kann ihm auch nachgesehen werden, daß er nicht zu jeder Zeit in jeder Situation das geeignete Mittel parat haben muß.¹⁾

h) Langemeijer und R Emmelink

Ebenso gleicher Ansicht wie Hazewinkel-Suringa sind grundsätzlich auch Langemeijer und R Emmelink²⁾, die - zeitlich aufeinanderfolgend - die Kommentierung Noyon's fortgesetzt haben. Sie erwähnen für Art. 40 Sr drei Fälle:

- (1) vis absoluta,
- (2) vis compulsiva und
- (3) noodtoestand (Notstand).³⁾

Die Fälle von vis absoluta werden aber - wie üblich - sogleich ausgeschieden, weil es an einer Handlung fehlt. Lediglich bei Unterlassungsdelikten wird vis absoluta für den Notstand bedeutsam.⁴⁾

-
- 1) Anders verhält es sich natürlich beim Notwehrexzeß, weil die Notwehr als solche ja bereits Rechtfertigungsgrund ist. Ein Exzeß beim rechtfertigenden Notstand scheint mir praktisch undenkbar. Bei einer unrichtigen Güterabwägung ergibt sich die Lösung aus den Regeln über den Irrtum.
 - 2) Langemeijer, Het Wetboek van Strafrecht, Teil I, 5. Aufl. 1947; R Emmelink, 7. Aufl. 1975 (im Folgenden wird grundsätzlich die neueste Auflage von R Emmelink zitiert)
 - 3) R Emmelink, Art. 40, Anm. 1, S. 249
 - 4) aaO, S. 250; ebenso Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S. 263: wer die Anzeige einer Geburt versäumt, weil er eingeschlossen ist, begeht eine Übertretung nach Art. 448 Sr - aber durch vis absoluta.

Die von Noyon bereits zum Ansatz gebrachte Differenzierungstheorie vertreten auch Langenmeijer und Rummelink; so unterscheiden sie zwischen entschuldigender overmacht (im engeren Sinne) und rechtfertigendem "noodtoestand". Zur Unterscheidung dieser Fälle stellen sie aber nicht mehr wie Noyon auf die Herkunft der Gefahr (vis a persona oder vis a rebus) sondern wie Hazewinkel-Suringa, van Eck und Simons auf die vom Täter eingesetzten M i t t e l ab.

"Noodtoestand" nehmen sie an, wenn rechtliche Interessen in einem konkreten Fall derart in Konflikt geraten, daß e i n e s davon geopfert werden muß. Gerechtfertigt ist dann die Opferung des vom Standpunkt der Rechtsordnung aus gesehenen geringsten Interesses.¹⁾ Langemeijer versteht hierunter auch die Pflichtenkollision im Zusammenreffen einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht oder zweier Handlungspflichten, während Rummelink "dafür nicht soviel empfindet".²⁾ Hier müsse nicht zu allererst das Recht sondern die Not den Ausweg bieten.

Den rechtfertigenden Notstand prüfen Langemeijer und Rummelink demnach über die Interessenabwägungslehre.

Overmacht im engeren Sinne können nach Langemeijer und Rummelink alle möglichen Umstände begründen, die einen so überwältigenden Eindruck auf den Täter ausüben, daß es verständlich erscheint, wenn er das Unrechte des von ihm gewählten Verhaltens nicht einsieht.³⁾ Schrecken und Angst werden hier als Beweggründe aufgeführt, wobei die Furcht immer begründet sein muß.³⁾ Die Autoren haben sich hier offenbar zu sehr von dem Wortlaut der MvT leiten lassen. Sie begründen nicht wie Hazewinkel-Suringa die entschuldigende overmacht mit der natürlichen, menschlichen Schwachheit. Das entscheidende Kriterium zur Verminderung des Schuldgehalts ist für sie die Unwiderstehlichkeit äußerer Zwänge. Wie Vos⁴⁾ lassen sie es aber genügen, daß der Betroffene keinen Widerstand entgegenzusetzen b r a u c h t .⁵⁾ Demnach setzen Langenmeijer und Rummelink bei der overmacht engere Grenzen als Hazewinkel-Su-

1) Rummelink, aaO Anm.5, S.254

2) aaO S.254 FN 2

3) aaO S.255

4) Vos, S.170 ff; s.o. c S.260 ff

5) aaO S.250 (Anm.2)

ringa. Denn Angst und Schrecken sind nicht die einzig möglichen Faktoren, die einen entschuldigenden Notstand herbeiführen können.

Als Beispiel wird ein Fall zitiert, den die Rechtbank Rotterdam zu entscheiden hatte.¹⁾ Ein 17-jähriger Junge hatte einen Mann mit einem Beil ernsthafte Verletzungen zugefügt, weil er sich vor diesem Mann in ständiger Angst befand. Der Mann hatte mit dem Jungen längere Zeit sexuelle Beziehungen unterhalten. Als der Junge später ein Mädchen kennen lernte und daraufhin mit dem Mann nicht länger verkehren wollte, drohte dieser dem Jungen glaubhaft mit der Bekanntgabe jener früheren Beziehung sowohl an dessen Eltern wie auch an das Mädchen und andere Personen. Auch verließ er seinen "Wünschen", die auf die Fortsetzung der sexuellen Beziehung gerichtet waren, mit einem Hinweis auf ein Messer in seiner Innentasche Nachdruck. Als in einer bestimmten Situation der Junge ernsthaft befürchten mußte, daß sein Vater von jener früheren Beziehung Kenntnis erlangen würde, geriet er in eine derartige Angst, daß er sich nur mit einer Gewalttat gegen den Mann aus der Notlage zu befreien wußte.

Die Rechtbank entließ den wegen schwerer Körperverletzung angeklagten Jungen aus der Strafverfolgung. Sie nahm zu seinen Gunsten an, daß er in overmacht gehandelt habe, weil er mit Rücksicht auf seine Jugendlichkeit "unter einem Drang, gegen den er billigerweise keinen Widerstand bieten konnte", gestanden habe.

Als einen "Sonderfall" betrachten dagegen Langemeijer und Rammelink die Fälle, in denen nicht Schrecken und Angst sondern nur der Selbsterhaltungstrieb für das Handeln maßgeblich gewesen ist²⁾. Hier hat der Täter zwar die "Mehrwertigkeit" des geopfertem Gutes gesehen, d.h. er konnte das Unrecht seines Tuns erkennen, (was bei der overmacht infolge Schreckens oder Furcht nicht möglich ist), auf Grund der menschlichen Natur erscheint seine Handlungsweise aber begreiflich. Als Beispiel wird der

1) Rb Rotterdam Urt.v. 3.4.1941, NJ 1941, Nr.665; s.ferner Urt.v.10.8.1950, NJ 51,Nr.280; BRvC 16.6.51, NJ 51,Er.621

2) Rammelink, aaO Anm.7 S.257, Anm.5, S.255

bei Vos erwähnte Fall¹⁾ des Weichenstellers genannt, der, um sein eigenes Leben zu retten, ein Zugunglück entstehen läßt.

Zu dieser Fallgruppe gehört ebenso der Plankenfall des Karneades. Rummelink erwähnt in diesem Zusammenhang auch den "Mignonette - Fall" (s.u.) aus dem Jahre 1884.²⁾

Es handelt sich hier nach Rummelink und Langemeijer um eine besondere Form der overmacht, die unter dem Gesichtspunkt der "N i c h t z u m u t b a r k e i t" zu lösen ist. Die Tat bleibt rechtswidrig, lediglich die Strafbarkeit entfällt³⁾.

Zu einem solchen Ergebnis müssen Langemeijer und Rummelink kommen, wenn sie den overmachts-Begriff so eng sehen, daß er nur Fälle von Schrecken und Angst erfaßt. Ein weitergehendes Verständnis, das den Täter auf Grund seines Selbsterhaltungstriebes, seiner naturbedingt nur begrenzten Widerstandskraft e n t s c h u l d i g t, vermeidet aber die Bildung von Sonderfällen und muß nicht eine gesonderte Zumutbarkeitsprüfung anstellen. Ob es dem Täter zuzumuten war, die Normen einzuhalten, muß ebenso in Fällen compulsiven Zwangs wie der reinen Selbsterhaltung gefragt werden. Hinzu kommt, daß in den Fällen, in denen der Täter selbst bedroht wird, der compulsive Zwang sich stets aus dem Selbsterhaltungstrieb ergibt. Nicht einmal die MvT gebietet die an Art. 24 CW erinnernde Reduzierung auf vis und metus.

Was dem Betroffenen im einzelnen zuzumuten ist, hängt ganz von seiner Stellung und seinem Beruf ab. So erwarten Rummelink und Langemeijer (wie alle Schriftgelehrten) von Soldaten, Polizisten, Feuerwehrleuten etc. eine stärkere Resistenz gegen drohende Gefahren als bei anderen Bürgern; der Soldat hat gegebenenfalls sogar die P f l i c h t, sein Leben einzusetzen. Ein Seemann darf nicht Passagiere aus einem überfüllten Rettungsboot

1) Vos, aaO Anm.6: s.o. c. S.7

2) 1884, Q.B.D. 273; vergl. Hall, Principles of criminal law, Indianapolis 1947, S.391 ff sowie Smith and Hogan, Criminal Law, S.160

3) aaO; gelegentlich wird hier auch von "Notstandsexzeß" gesprochen, Rummelink aaO FN 1; van Bemmelen, aaO S.208; s.o. g, S.282

werfen, um damit sein eigenes Leben zu retten. Hier zitieren die Autoren den bekannten "Holmes - Fall": Nach einem Schiffsunglück hatte der Seemann Holmes 16 Passagiere aus einem überlasteten Rettungsboot von Bord werfen lassen. Er ist deshalb des Totschlags für schuldig befunden worden, weil er die Pflicht hatte, für das Leben der Passagiere einzutreten¹⁾.

Der Kommentar von Noyon-Langemeijer -Rommelink hält ausdrücklich an der Differenzierungslehre fest. In Auseinandersetzung mit Pompe schreiben sie: "es scheint mir eine nutzlose Vergrößerung, wenn man diese doch gut zu unterscheidenden Nuancen - vorwerfbares oder verzeihliches Verhalten und gerechtfertigtes (objektiv richtiges) - auf einen Haufen wirft."²⁾

-
- 1) 26 Fed. Cas. 360 (1824); vergl. Smith and Hogan, aaO S.162. "It is the stipulated duty of a sailor to preserve the passengers life at all hazards and it was therefore held, that a sailor is not justified in killing a passenger in order to save himself ..."
 - 2) Rimmelink aaO, Anm.4, S.254; die praktischen Bedenken, die gegen Pompe's Ansicht (auch von Langemeijer) vorgetragen werden, hält R e m m e l i n k allerdings nicht für groß. Pompe sieht overmacht und noodtoestand als einen p e r s ö n l i c h e n Rechtfertigungsgrund an (s.u. 3 (Pompe)). Strafbare Teilnahme ist nach Rimmelink bei Pompe's overmachts-Begriff möglich, weil Art.50 Sr (der dem deutschen §28 Abs.2 StGB 1975 entspricht), nach Rimmelink's Ansicht unter "persönlichen Umständen" auch die persönlichen Rechtfertigungsgründe versteht. Im Ergebnis kann dem jedoch nicht gefolgt werden (s.u. 3 zu Pompe)

i) van Hattum

Eine besondere Stellung innerhalb der differenzierenden Notstandslehre nimmt van Hattum ein¹⁾. Deutlicher noch als Rummelink und van Bemmelen gelangt er zu einer Dreiteilung des Notstands:

- (1) entschuldigende overmacht (im engeren Sinne)
= vis = Art. 40 Sr
- (2) entschuldigender noodtoestand (von Art. 40 Sr mit erfaßt)
- (3) rechtfertigender noodtoestand (von Art. 40 Sr nicht erfaßt).

Er unterscheidet demnach nicht wie die meisten Autoren zwischen entschuldigender overmacht einerseits und rechtfertigendem noodtoestand andererseits sondern zwischen rechtfertigendem noodtoestand einerseits und entschuldigendem noodtoestand und overmacht andererseits. Mit seiner Auffassung gliedert er sich auch insoweit nicht in die Reihe der anderen Autoren ein, als er den rechtfertigenden noodtoestand weder als einen besonderen Fall des Art. 40 Sr noch als einen vom Gesetzgeber zumindest anerkannten, aber nicht geregelten (übergesetzlichen) Rechtfertigungsgrund ansieht. Art. 40 Sr ist nach van Hattum nur anwendbar für nicht gerechtfertigte Taten²⁾.

Van Hattum hält eine Differenzierung auf Grund der Verschiedenartigkeit der Fälle für notwendig. Als Beispiele führt er den Arzt an, der, um einen Patienten zu retten, mit seinem PKW die erlaubte Höchstgeschwindigkeit überschreitet, sowie den Fall eines Taxifahrers, der ebenfalls die erlaubte Höchstgeschwindigkeit überschreitet, weil er von einem Passagier mit einem Revolver dazu gezwungen wird³⁾. Das Verhalten des Arztes hält er auf Grund von noodtoestand für gerechtfertigt. "Man würde sogar dem Doktor zurecht einen Vorwurf machen, wenn er,

1) van Hattum, Handboek I, Nr. 206 ff, S. 344 ff

2) aaO S.348

3) aaO S.346 - entnommen von Noyon-Langemeijer I, S.260 (5. Aufl.)

ohne daß ihn die augenblickliche Verkehrslage dazu gezwungen hätte, die Verkehrsregeln auf Kosten des Lebens des Patienten beachtete."¹⁾

Art. 40 Sr allerdings paßt nach Ansicht von van Hattum nicht auf diesen Fall, da der Arzt nicht durch eine äußere Kraft gedrängt oder genötigt wird. Mit den Worten Modderman's "könnte er es auch sehr gut lassen"²⁾.

Art. 40 Sr könne nur dann zur Hilfe herangezogen werden, wenn das Verhalten des Täters rechtswidrig bleibt.

Das Verhalten des Taxifahrers in seinem zweiten Beispiel hält van Hattum nicht für gerechtfertigt. Der Taxifahrer habe aus Angst um sein Leben das Gesetz übertreten. Dies sei rechtswidrig. Der Fahrer ist nach van Hattum aber entschuldigt, weil ihm das Risiko, sein Leben zu verlieren, nicht zugemutet werden kann¹⁾.

Das gleiche Verhalten - zu schnelles Fahren - kann nach dieser Auffassung zu zwei verschiedenen Ergebnissen führen, nämlich zur Rechtfertigung oder zur bloßen Entschuldigung.

Die Wahl dieser Beispiele erscheint m.E. nicht glücklich, da m.W. auch der Taxifahrer gerechtfertigt sein müßte. Es ist richtig, daß von ihm der Einsatz seines Lebens nicht verlangt werden kann und damit seine Entschuldigung zu begründen wäre. Doch kann durch eine objektive Güterabwägung die Handlung bereits gerechtfertigt werden. Die Rettung seines (ernsthaft gefährdeten) Lebens ist aus der Sicht der Rechtsordnung grundsätzlich weitaus wichtiger als die allgemeine Sicherheit des Straßenverkehrs. Denn wenn der Arzt einen Patienten retten darf, dann darf er sich selbst doch erst recht retten. Dabei muß natürlich auch auf die konkrete Verkehrslage geachtet werden, da niemand ernsthaft gefährdet werden darf³⁾. Ein zu schnelles Fahren ist deshalb nicht zu

1) aaO

2) "Hij had het heel goed kunnen laten", MvT zu Art.436 Sr, Smidt III, S.229

3) OLG Karlsruhe VRS 46, 275; OLG Frankfurt DAR 1963, 244

mißbilligen, wenn der Fahrer anders sein Leben nicht retten kann und er sonst niemand konkret gefährdet.

Zu der Frage, w i e die Notstandsfälle zu differenzieren sind, hält sich van Hattum an Hazewinkel-Suringa¹⁾, indem er nicht die Ursache der Not sondern das Mittel zu ihrer Beseitigung zum Entscheidungskriterium macht²⁾.

Rechtfertigender noodtoestand liegt nach van Hattum vor, wenn durch die Handlung mehr Belange geschützt werden, als bei ihrem Unterlassen verletzt worden wären³⁾. Der Grund der Rechtmäßigkeit der Handlung liegt darin, "daß sie dazu führt, daß einer gewichtigeren Rechtsnorm die Gefolgschaft geleistet wird als der Strafnorm, unter die sie dem Wortlaut nach fiele."³⁾ Die Rechtfertigung liegt demnach im Schutz des höherwertigen Interesses, das durch Güterabwägung festzustellen ist. Da nach van Hattum dieser Rechtfertigungsgrund im Gesetz nicht aufgeführt ist und die Deliktsumschreibungen im Gesetz nur fragmentarisch, nach gewissen Schemata erfolgen können, entnimmt er ihn dem überpositiven Recht.

Den entschuldigenden noodtoestand unterscheidet van Hattum gegenüber dem rechtfertigenden noodtoestand dadurch, daß bei ersterem eine Abwägung nicht stattfinden kann, weil gleichrangige Güter (wie Leben gegen Leben) kollidieren, oder weil der Täter gar mehr zerstört als gerettet hat⁴⁾. Zur overmacht im engeren Sinne grenzt er den entschuldigenden noodtoestand dadurch ab, daß bei letzterem der Täter "psychisch doch vollkommen im Gleichgewicht bleiben kann"⁴⁾, er in seiner Willensentscheidung also wesentlich freier bleibt als das durch vis compulsiva genötigte Opfer. Van Hattum nennt hierzu den antiken Plankenfall und den Diebstahl in Hungersnot.

1) TvS 57, S.189 und 209

2) van Hattum. aaO Nr.208, S.348

3) aaO Nr.209, S.349, 350

4) aaO Nr.210, S.351, 352

Den Grund der Entschuldigung¹⁾ sieht van Hattum hier weniger in einer Einschränkung der Willensfreiheit als vielmehr in dem nicht vorwerfbaren Verlangen des Täters, sein eigenes Leben nicht für andere aufopfern zu müssen²⁾. Zur Verdeutlichung führt van Hattum hierzu Fälle von Pflichtenkollisionen an, darunter den Weichensteller-Fall, in welchem der Schienenwärter zur Rettung seines eigenen³⁾ Lebens oder das seines eigenen Kindes, das er plötzlich spielend in den Schienen entdeckt, ein Zugunglück durch Umstellen einer Weiche entstehen läßt⁴⁾.

Die overmacht im engeren Sinne schließlich ist nach van Hattum ein Fall compulsiven Zwangs, in welchem der Täter einem von außen kommenden Zwang oder Drang nicht zu widerstehen b r a u c h t⁵⁾. Die Willensfreiheit des Täters muß so erheblich beeinträchtigt sein, daß ihm ein Widerstand nicht möglich ist.⁶⁾ Die Befolgung des Gesetzes wäre in einer derartigen Nötigungslage - vor allem wenn dies die Opferung des eigenen Lebens oder das nahe stehender Personen bedeutete - geradezu unmenschlich. "Sittlich kann man es wert schätzen, daß jemand lieber als ein Held stirbt als einen Mitbürger zu verraten, das Gesetz kann aber nicht von jedem Bürger fordern, ein Held zu sein."⁷⁾ Als Beispiel hierzu erwähnt van Hattum eine bekannte Entscheidung des Bijz.R.v.C., der in der Öffentlichkeit großes Aufsehen erregt hatte und deshalb an dieser Stelle kurz angeführt sein soll⁸⁾:

Dem Angeklagten wurde vorgeworfen, er habe Geheimnisse an

1) m.F. ist der Diebstahl in Hungersnot aber zumindest dann g e r e c h t f e r t i g t, wenn dadurch der sichere Hungertod abgewendet werden sollte, da das Leben insoweit Vorrang vor dem fremden Eigentum genießt. Der Bestohlene muß dann den Eingriff dulden, wird aber wohl eine Entschädigung geltend machen können. Im modernen Sozialstaatswesen dürfte der Fall kaum noch akut werden. Jener "Duldungspflicht" entspricht heute die allgemeine Last, die der Staat im Sozialbereich auf sich genommen hat

2) van Hattum, aaO Nr.212, S.355, 356

3) s.o. c, S.262 (Vos, aaO Anm.6)

4) van Hattum, aaO S.356

5) aaO Nr.206, S.345

6) aaO Nr.211, S.354

7) aaO Nr.211, S.354

8) B.R.v.C. Urt.v. 24.6.1946, NJ 1947, Nr.149 = N.O.R. 1946, Nr.626; s.auch oben g, S.27 (van Bemmelen)

den deutschen Sicherheits-Dienst verraten, wodurch Zeit- und Treffpunkt von Sicherheitskämpfern bekannt wurden mit der weiteren Folge, daß dadurch einige der Widerstandskämpfer ihr Leben lassen mußten. Der Angeklagte hat zu seiner Verteidigung vorgetragen, daß er zu jenem Verrat erpreßt worden war. Nachdem zunächst Mißhandlungen an seiner Person zu keinem Ergebnis geführt hatten, hatte man ihm während des Verhörs (er war selbst Widerstandskämpfer) eine jüdische Mutter mit ihren Kindern vorgeführt. Als diese von zwei SS-Männern geschlagen wurden und die Männer drohten, den Kindern Arme und Beine zu brechen, konnte der Angeklagte dem Anblick nicht mehr widerstehen. Unter diesem Eindruck, dessen Dramatik durch das Gejammer der anwesenden Mutter noch verstärkt wurde, verriet der Angeklagte das Versteck seiner Mitkämpfer, um dem schrecklichen Schauspiel ein Ende zu setzen.

Der Bijzondere Raad van Cassatie (das oberste Gericht, das sich mit Kriegsverbrechen des zweiten Weltkrieges zu befassen hatte) hat zu Gunsten des Angeklagten overmacht angenommen, da man von ihm ein an Selbstaufopferung grenzendes Standhalten nicht habe verlangen können. Es würde, so führte das Gericht aus, "eine Überspannung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bedeuten, an einen Tatverdächtigen, der sich in Umständen wie denen des Angeklagten befand, die Forderung nach Selbstaufopferung zu stellen".

Die Aufgliederung des entschuldigenden Notstandes in overmacht im engeren Sinne und entschuldigendem noodtoestand ist m.E. genauso überflüssig wie die ähnliche Unterscheidung bei Langenmeijer und Remmelink¹⁾. Die overmacht im engeren Sinne entspricht bei van Hattum dem älteren contrainte-Begriff und dem §52 RStGB (Nötigungsnotstand)²⁾, ist damit aber nichts anderes als ein U n t e r f a l l des entschuldigenden Notstands³⁾

1) s.o. h., S.283 ff (286)

2) van Hattum, aaO Nr.208, S.347

3) ganz h.M. in Deutschland, z.B. Jescheck, Lehrbuch, §44, S.317, §44 III, S.320, 1.Auflage, Berlin 1969

Zu diesem Ergebnis gelangen auch die niederländischen Autoren, wenn auch unausgesprochen, sofern sie keine Dreiteilung vornehmen.

(bei van Hattum entschuldigender noodtoestand). Es ist van Hattum zwar zuzugeben, daß im Weichensteller- oder Plankenfall der psychische Zwang wie etwa in dem Beispielspiel des erpreßten Widerstandskämpfers nicht das entscheidende Kriterium zu der jeweiligen Tathandlung gewesen zu sein braucht. Gemeinsam ist aber all diesen Fällen, daß trotz rechtswidriger Tat vom Täter ein Widerstehen gegen die Notlage nicht verlangt zu werden brauchte. Von ihm wird kein Heldentum verlangt, abgesehen davon, daß es fraglich ist, ein eventuelles Standhalten des Widerstandskämpfers auf Kosten der jüdischen Mutter mit ihren Kindern als Heldentum anzusehen.

Ob im einzelnen der Selbsterhaltungstrieb oder ein anderer psychischer Drang den Täter getrieben hat, gleichgültig, ob es sich um vis a persona oder vis a rebus handelt¹⁾, mag für den entschuldigenden Notstand letztlich dahingestellt bleiben. Ausschlaggebend ist, ob die Rechtsordnung dem Täter wegen des äußerst geringen Schuldgehalts vorzuziehen kann. Dabei muß gefragt werden, ob und wie weit dem Betroffenen Standhaftigkeit zugemutet werden konnte. Gemeinsam ist allen diesen Fällen, daß sich der Täter in einer extremen Situation befunden hat, und daß das Gerechtigkeitsgefühl eine Bestrafung verbietet, wenn sich der Täter - weil anders nicht möglich - durch eine strafbare Handlung, sei es sogar durch Totschlag aus ihr befreit. Das Gesetz darf hier nicht "überspannt"²⁾ werden. Der Richter muß sich, wie der englische Lord Chief of Justice of England, Lord Coleridge in dem bekannten "Mignonette - Fall", in welchem die schiffbrüchigen Seeleute Dudley und Stephens nach tagelangem, hoffnungslosem Umhertreiben im Rettungsboot einen im Sterben begriffenen, schwächeren Matrosen getötet hatten, um sich von dessen Blut für eine Weile selbst noch am Leben zu erhalten, richtig geäußert hat, die Frage stellen können: "Hätte ich möglicherweise gleich oder mit Sicherheit anders gehandelt?"

1) s.o. III, 1 b (3) FV 4, S.143

2) B.R.v.C., aaO

Umso härter erscheint natürlich dann die Antwort desselben Richters, der auch dann eine Bestrafung forderte, wenn er selbst der Notlage nicht standgehalten hätte. Die Tötung eines Menschen konnte er nicht verzeihen.¹⁾

So hart dieses Urteil auch ausgefallen sein mag, so zeigt doch der Umstand, daß die in diesem Urteil ausgesprochene Todesstrafe auf dem Gnadenwege in eine sechs-monatige Freiheitsstrafe umgewandelt wurde²⁾, daß auch das englische Rechtsempfinden in irgendeiner Weise jener schrecklichen Notlage der Verurteilten entgegenkommen wollte. Der Grund, warum man gegenüber den Verurteilten Nachsicht übte, ist in dem englischen Fall letztlich kein anderer als auch in der niederländischen Entscheidung des BRvC über den Widerstandskämpfer³⁾. Möglicherweise wäre die Entscheidung gegen Dudley und Stephens anders ausgefallen, wenn in England die Zweiteilung des Notstandes in rechtfertigenden und entschuldigenden Notstand bekannt gewesen wäre⁴⁾.

1) "It must not be supposed that in refusing to admit temptation to be an excuse for crime it is forgotten how terrible the temptation was; how awful the suffering; how hard in such trials to keep the judgement straight and the conduct pure. We are often compelled to set up standards we cannot reach ourselves, and to lay down rules which we could not ourselves satisfy. But a man has no right to declare temptation to be an excuse, though he might himself have yielded to it, nor allow compassion for the criminal to change or weaken in any manner the legal definition of the crime", The Queen v. Dudley and Stephens, Urt.v. 9.12.1884, in Law Reports, 14 Q.B.D. (1884/85), 273, (288); vergl. auch Smith and Hogan, Criminal Law, S.160 ff

2) s. 14 Q.B.D., aaO S.288

3) Der Gedanke, Verzeihung in derartigen Fällen auf dem Gnadenwege zu erteilen, war auch in den Ländern des europäischen Kontinents nicht fremd, so z.B. die Lettre de grâce in Frankreich, (Muyart de Vouglans, Les Loix Criminelles ..., S.34; s.o. III, 1 a, S.138) oder § 1115 XX.Tit. im II.Theil des pr.ALR, den Notdiebstahl behandelnd (s.o. Teil 2 I, S.58).

4) Jescheck, Lehrbuch, §21, I, 2, S.156

3. Die monistische Notstandslehre.

Gegenüber den unter 2. dargestellten differenzierenden Lehren, die sich zwar untereinander zum Teil unterscheiden, sich vom Prinzip her aber gleichen, indem sie dem Notstand einmal rechtfertigende und einmal entschuldigende Eigenschaft zuerkennen und insoweit auch von der neueren Rechtsprechung befolgt werden, trifft man in den Niederlanden auch Meinungen an, die den Notstand e i n h e i t - l i c h als einen R e c h t f e r t i g u n g s g r u n d ansehen und jene Differenzierung ablehnen (monistische - oder "Einheitstheorie")¹⁾. Seit den 50-iger Jahren ist die monistische Notstandslehre allerdings nicht mehr neu vertreten worden.

a) van Hamel

Als erster Vertreter dieser monistischen Lehre ist hier van H a m e l zu nennen, der bereits in einer Zeit, als noch die Lehre der contrainte morale ihre besten Blüten trieb, ein ungewöhnlich weites Verständnis für die overmacht unter Beweis stellte²⁾. Schon damals konzentrierte er die Frage, ob overmacht anzunehmen ist, nicht darauf, ob der Täter Widerstand bieten k o n n t e , sondern "ob er Widerstand bieten m u ß t e " ²⁾.

Van Hamel stellte zunächst die deutsche und die französische Gesetzgebung gegenüber: der deutsche Gesetzgeber unterscheide "spezialisierte Fälle" (§§52, 54 RStGB) mit der Gefahr unvollständiger Kasuistik, gehe aber vom richtigen Ausgangspunkt aus, der französische Gesetzgeber kenne dagegen nur die eine allgemeine Formel des unwiderstehlichen Zwangs mit dem Vorteil. daß der Richter weniger gebunden sei, aber der gesetzgeberische Ausgangspunkt sei falsch. Der niederländische Gesetzgeber habe letzteren Weg eingeschlagen.³⁾

1) s. Jescheck, Lehrbuch, S.283

2) s. bereits van Hamel, Inleiding ... , 1.Aufl.1889, S.227 ff

3) van Hamel, Inleiding, 4.Aufl., S.237 (im folg. wird diese Auflage zitiert).

Die Auffassung, daß overmacht ein Drang sei, gegen den man keinen Widerstand bieten k a n n , beruht nach van Hamel auf einem "indeterministischen Standpunkt" des Inhalts, daß jemand völlig frei nach seinem Willen handeln könne, ein Standpunkt, den der Gesetzgeber jedoch nicht eingenommen habe. Mit seinen Gebots- und Verbotsnormen habe er (der Gesetzgeber) sich vielmehr auf einen deterministischen Standpunkt begeben, indem er davon ausgehe, "daß der Mensch durch Begierden und Vorstellungen in vielerlei Richtung getrieben wird, und fordert, daß gegen die Triebkraft in die verbotene Richtung Widerstand zu bieten ist. An diese strenge Forderung setzt er Schranken der Billigkeit."¹⁾

De s'h a l b sei, so fuhr van Hamel fort, die Grundfrage nicht, ob der Täter Widerstand bieten konnte, sondern ob er ihn billigerweise leisten m u ß t e ¹⁾.

Da die subjektive Bedeutung, die in dem Begriff des psychischen Drangs liegt, zu unannehmbaren Fällen von Straflosigkeit führen könnte, mußte man nach van Hamel nach einer objektiven Auffassung suchen. "Der Gesetzgeber muß sich zumindest eine overmacht vorgestellt haben, die in einer bestimmten Rechtsordnung allgemein als solche wirksam ist und deshalb als redlich anerkannt wird."²⁾ Wie die MvT hielt er eine genauere Beschreibung im Gesetz für gefährlich und unnötig. Unter Anlehnung an Berner³⁾

1) aaO

2) aaO S.241

3) Berner, De impunitate ..., S.9: "Si enim excusatione opus esset iis, qui laesa proprietate aliena vitae periculum effugerint, consequeretur, melius virtuti convenientius eos acturos fuisse, vita pro alienis bonis profusa, essetque vir optimus et sapientissimus, qui, dum aquis mersus perire periclitatur, rem alienam aliquam, quae abrepta saluti suae consulere potest, non abriperet, et pro proprietate aliena mori 'dulce et decorum' putaret. Qui mehercle non sapientissimus, sed stultissimus cuiusque mors non herois, sed dementis esset. Afferte non martyris coronam, sed scurrae cucullum, quo caput eius digne exornemus!" sowie ders. Lehrbuch, S.102 ff: "...Wenn z.B. Jemand neben einem fremden Brode verhungerte, so würde er einer Narrenkappe würdiger sein, als der Krone eines Märtyrers."

begrenzte van Hamel das Spannungsfeld des Notstandes zwischen Heldentum und Torheit. In diesem Feld bewege sich der overmachts-Begriff. Ein rechtfertigende overmacht begründender psychischer Drang lag nach van Hamel vor, wenn der Gesetzgeber eine Handlung unter Strafe stellen würde, deren Unterlassen entweder Heldenmut voraussetzte (z.B. Fall des Karneades) oder eine Torheit wäre (z.B. Betreten eines fremden Grundstücks, um Wasser zur Löschung eines Brandes zu holen)¹⁾.

Auf der einen Seite billigte van Hamel der overmacht eine wesentlich größere Bandbreite zu als es die contrainte-Lehre vermochte. Desweiteren erkannte er auch das große Spektrum der Notstandsfälle (vom Held bis zum Narren!), weshalb er eine genauere Beschreibung im Gesetz - wie etwa in den §§52, 54 RStGB - ablehnte.

Auf der anderen Seite vereinheitlichte er jedoch alle diese verschiedenen Fälle, indem er die jeweilige Not als objektiven Rechtfertigungsgrund ansah. Van Hamel differenzierte die Fälle zwar, w e r t e t e sie aber g l e i c h ; sie führten egal zur Rechtfertigung.

Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Sicherlich ist van Hamel darin zuzustimmen, daß er overmacht angenommen hat, wenn der Täter keinen Widerstand leisten m u ß t e . W a r u m er keinen Widerstand zu bieten brauchte, kann sich jedoch aus völlig verschiedenen Gründen ergeben. Hier muß eine Differenzierung vorgenommen werden, die van Hamel im Prinzip erkannt, jedoch nicht zu Ende geführt hat. Wie bereits ausgeführt wurde²⁾, macht es durchaus einen Unterschied, ob jemand einen anderen tötet, um selber am Leben bleiben zu können, ob er das ungeborene Kind tötet, um so die Mutter zu retten, oder ob er ein fremdes Grundstück betritt, um sich so vor einem wütenden Tier in Sicherheit zu bringen. Van Hamel sprach die unterschiedlichen Folgen ja selber aus: einmal

1) van Hamel, aaO S.241, 242

2) s.o. 2 f, S.279

führte er "Heldentum" an. Damit ist nichts anderes gesagt, als daß man vom Täter **p e r s ö n l i c h** nicht verlangt, daß er sich heldenhaft verhält, obschon sein Tun als solches mißbilligt wird.

Zum anderen erwähnte er den Narren. Daß sich jemand nicht wie ein Narr verhält, ist selbstverständlich; man **b i l l i g t** dies.

Letzterer Fall bedeutet dann konsequenterweise Rechtfertigung, ersterer Entschuldigung.

Diese verschiedenen Wertungen wirken sich ja bekanntlich auch praktisch aus. Wenn die im Notstand begangene Straftat stets gerechtfertigt ist, so muß auch stets straflose Teilnahme möglich sein, außerdem dürfte hiergegen niemals Notwehr ausgeübt werden. Ein solches Resultat wäre aber sicher unerträglich.

(1) Der Grundstückseigentümer, auf dessen Grundstück sich jemand vor einem wilden Tier rettet, muß diese Beeinträchtigung auf seinem Grund und Boden hinnehmen und darf sich gegen diesen Angriff nicht wehren (§904 BGB).

Der Fährmann darf einen Ertrinkenden, der sich an seinem Boot festklammert, nicht mit dem Hinweis auf sein Eigentums- oder Besitzrecht (§859 BGB) in das Wasser zurückstoßen. - Gegen ein **r e c h t m ä ß i g e s** Tun darf keine Notwehr ausgeübt werden.

Ebenso muß ein Dritter dem sich auf fremden Grundstück vor dem wilden Tier Rettenden straflos Hilfe leisten können.

(2) Nicht dagegen braucht es sich der Schiffsjunge gefallen zu lassen, von den anderen Schiffsleuten getötet zu werden, damit diese den Schiffbruch überleben können¹⁾.

Er darf sich gegen die angreifenden Seeleute wehren.

Ein Dritter darf dem Täter (ausgenommen bei nahen Angehörigen) nicht Hilfe leisten, wenn er einen anderen tötet, oder dazu anstiften, auch wenn dies der einzig mögliche Ausweg ist, wie sich der Täter aus einer Lebensgefahr

1) "Mignonette" - Fall, s.o. 2 i, S.294

selber retten kann. Die Notwehr ist hier zulässig, weil der Angriff rechtswidrig ist und die Entschuldigung nur dem Täter persönlich zu Gute kommt.¹⁾

Nach van Hamel's Auffassung, die den Notstand stets nur als Rechtfertigungsgrund ansieht, ist eine solche Differenzierung konsequenterweise nicht möglich. Sie muß demnach Notwehr ständig für unzulässig erachten, Teilnahme stets für straflos ansehen.

Dennoch hielt van Hamel Notwehr gegen einen im Notstand begangenen (rechtmäßigen) Angriff für zulässig²⁾.

"Bei einem Angriff durch einen im Notstand Handelnden legt sich das Recht nieder, zu der Handlung selbst ermächtigt es allerdings nicht." Schwierig werde die Frage aber, wenn der sich Wehrende die Notlage des anderen kennt. Die Ursache dieses Ergebnisses sah van Hamel darin, daß der Gesetzgeber die Begriffe "Not" und "Notwehr" nicht völlig miteinander in Einklang gebracht habe³⁾.

Mit seiner Auffassung verlieh van Hamel der Notwehr ein stärkeres Recht als dem Notstand. Ihr kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Schuld liegt nicht am Gesetzgeber. Denn der Konflikt: Notwehr gegen einen Notstandsangriff? kann der Gesetzgeber nicht vermeiden sondern nur entscheiden. Van Hamel läßt aber gegen den Willen des Gesetzgebers dort Notwehr zu, wo sie nicht zulässig sein dürfte (beim rechtfertigenden Notstand). Aus der Einheit der Rechtsordnung folgt, daß es zwar verschiedene Grade des Unrechts oder der Schuld, aber nur einen "Grad" der Rechtmäßigkeit oder Unschuld geben kann. Rechtmäßiges Tun muß man sich eben gefallen lassen. Die Rechtsordnung widerspräche sich, wenn sie verschiedene Grade der Rechtmäßigkeit zuließe.

1) vergl. hierzu Jescheck, Lehrbuch, §32, II, 1 c, S.274; RGSt 23, 116; Otto, Pflichtenkollision, S.70

2) van Hamel, aaO §29, Nr.3, S.229

3) aaO, S.230

b) Zevenbergen

Mit einer Auseinandersetzung gegen Simons¹⁾ beginnt das von Z e v e n b e r g e n verfaßte Kapitel über die overmacht. Wie fast alle Autoren hielt er die vis absoluta für die overmacht für bedeutungslos, da es überhaupt an einer strafrechtlichen Handlung fehlt. Von Bedeutung war für ihn insoweit nur die vis compulsiva, wobei er vis a persona und vis a rebus gleich behandelte²⁾.

Zevenbergen warf Simons vor, daß dieser neben dem noodtoestand als Rechtfertigungsgrund noch die overmacht im engeren Sinne als Entschuldigungsgrund erwähnt hat. Es sei, so führte Zevenbergen gegen Simon's overmachts-Verständnis an, ein Widerspruch, gleichzeitig von einem willenlosen Handeln des overmachts-Täters u n d von Unzurechnungsfähigkeit zu sprechen. Letztere könne nur relevant werden, wenn ein rechtswidriges H a n d e l n vorliegt. Zudem bezweifelte Zevenbergen m.E. nicht zu unrecht, daß ein genötigter Täter immer willenlos handelte³⁾. Der Schwimmer, dessen am Ufer abgelegte Kleider von einem Windstoß weggeweht worden sind, und der deshalb nackt über einen öffentlichen Weg laufen muß, tut dies willentlich (er könnte ja auch - was niemand ernsthaft fordern würde - im Wasser bleiben; er handelt m i t gewaltsam geändertem W i l l e n , der allerdings seinen Wunschvorstellungen zuwiderläuft).

Zevenbergen wandte gegen die overmacht als psychischen oder sittlichen Zwang ein, daß es nicht ausreiche, festzustellen, daß zwar eine rechtswidrige Tat vorliege, eine Bestrafung aber nicht erfolgen dürfe, weil der Gesetzgeber nicht verlangen könne, daß man sein Leben für andere opfere. Diese Auffassung, so bemängelte Zevenbergen, zwingt dazu, dem Gesetzgeber irgendeinen Willen darüber, was er fordert, zu unterstellen.

Dieses letzte Argument vermag allerdings nicht zu überzeugen. Denn ein Richter, der an das Gesetz gebunden ist,

1) s.o. 2 b, S.258 ff

2) Zevenbergen, Leerboek, §22, S. 110, 111; s.o.III,1 b (3), S.143 FN 4

3) Zevenbergen, aaO S. 112

muß stets danach fragen, was der Gesetzgeber gewollt hat. Zevenbergen selbst wendet gegen eine teleologische Gesetzesauslegung¹⁾ auch grundsätzlich nichts ein²⁾. Den Sinn des Gesetzes nannte er ausdrücklich als einen Anhaltspunkt richtiger Auslegung³⁾.

Zevenbergen zog hieraus den Schluß, daß das Notstandsproblem in die Lehre der Rechtswidrigkeit gehöre, und daß die Unterscheidung zwischen rechtfertigendem noodtoestand und entschuldigender overmacht kein tauglicher Weg sei⁴⁾. Zevenbergen beschritt dagegen folgenden Weg:

Man müsse sich fragen, was in Art. 40 Sr mit den Worten "durch overmacht gedrängt" gemeint sei. Die MvT, (die in ganz teleologischer Manier herangezogen wird!), könne allerdings keine befriedigende Antwort geben. Entweder sei mit diesen Worten ein rein äußerlicher Vorgang gemeint, wonach der Betroffene keinen Widerstand leisten konnte, oder der Gesetzgeber habe mit diesem Vorgang ein Werturteil verbinden wollen, wonach es darauf ankomme, daß der Täter keinen Widerstand zu leisten brauche. Diese Sichtweise ist uns durch die Rechtsprechung und Literatur⁵⁾ bereits bekannt. Dieses "nicht zu brauchen" faßte Zevenbergen als Rechtfertigungsgrund auf. Er wandte sich ausdrücklich gegen die Lehre, die den Notstand als ein Schuldproblem ansieht (Ebermayer, Frank, Goldschmidt, zu Dohna, Mayer)⁶⁾. Kriterium für die Rechtfertigung war für Zevenbergen das Güterabwägungsprinzip:

"Ist diese Auffassung richtig, dann erhält der Grundsatz der Proportionalität, die Forderung der Güterabwägung von selbst seine logisch-positivrechtliche Grundlage. Denn wenn der overmachts-Drang als ein Zustand angesehen wird, der das Handeln unter diesem Drang billigt, dann spricht es von selbst, daß vom rechtlichen

1) die "Krone der Auslegungsverfahren", Jescheck, aaO S.123

2) Zevenbergen, aaO §8, S.29 und FN 1

3) Zevenbergen, aaO S.28

4) aaO S.113

5) z.B. Rb Rotterdam Urt.v. 18.7.1913, NJ 1913, 1133, s.o. IV, 2 a, S.204 oder van Hamel (s.o. a) u.a.

6) Zevenbergen, aaO S.116, 117

Standpunkt aus das höhere Rechtsinteresse über die Frage, ob 'overmachts-Drang' vorliegt, entscheidet. Daraus folgt, daß derjenige, der das höhere Interesse zu Gunsten des geringeren opfert, nicht rechtmäßig handelt - denn so etwas k o n n t e die Rechtsordnung nicht billigen!

Zudem folgt aus dieser Auffassung und diesem Gedankengang, daß derjenige, 'der das Höhere dem Geringeren opfert', jetzt auch gestraft wird. Wenn nun das Gesetz in diesem Fall nicht einen 'Drang' annimmt, gelten die gewöhnlichen Regeln der Verantwortlichkeit." 1)

Bei G l e i c h w e r t i g k e i t kollidierender Rechtsgüter oder Pflichten e n t h ä l t sich das Recht nach Zevenbergen's Meinung; weder billigt noch mißbilligt es das Tun. Dann dürfe auch keine Bestrafung eintreten²⁾. Hier tritt eine Parallele zu Moriaud's Neutralitätslehre auf³⁾. Ebenso wie er behandelte Zevenbergen den Notstand als ein Problem der Rechtswidrigkeit und ließ bei Unabwägbarkeit der beteiligten Interessen das Recht schweigen. Eine Differenzierung auf der Rechtswidrigkeits- und Schuldebene nahm er nicht vor.

1) Zevenbergen, aaO S.115, 116

2) aaO S.115

3) Moriaud, De la Justification ... S.261, 262, s.o. III, 1 c (3), S.147

c) Pompe, Bronkhorst und Nolte

Als letzte dieser monistischen Notstandslehre seien P o m p e , B r o n k h o r s t und N o l t e genannt. Da sich Bronkhorst¹⁾ und Nolte²⁾ Pompe's Ausführungen völlig anschließen, beschränkt sich dieses Kapitel auf die Darstellung Pompe's, die ebenso für die anderen Autoren Gültigkeit erfährt.

P o m p e beginnt sein Kapitel über die overmacht in seinem Handboek zuerst einmal mit einem Hinweis darauf, daß in den Niederlanden die Besetzungszeit während des zweiten Weltkrieges und die damit verbundene Not das Notstandsproblem in neuerer Zeit wieder deutlich hat hervortreten lassen und dementsprechend in der Folgezeit Anlaß für mehrere gerichtliche Entscheidungen sowie die Verfassung mehrerer Aufsätze³⁾ bot.⁴⁾

Pompe behandelt die overmacht als einen e i n h e i t - l i c h e n Begriff⁵⁾. Overmacht wie noodtoestand ist für ihn "irgendein Drang, gegen den man keinen Widerstand zu bieten b r a u c h t "⁶⁾.

Dem Gesetzgeber könne man unterstellen, so meint Pompe, daß er stets gerechte und billige Ergebnisse bezwecke, weshalb dann, wenn das geschriebene Recht zur Herbeiführung eines gerechten Ergebnisses nicht ausreicht oder sogar entgegensteht, die Befolgung des Gesetzes nicht verlangt werden dürfe. Eine solche Auffassung sei nicht contra legem und finde sich zudem im zivilrechtlichen Notstand⁷⁾ wieder. Auch dort habe der Gesetzgeber

-
- 1) Bronkhorst, Overmacht in het Strafrecht, S.292 ff
 - 2) H.J.A. Nolte, De overmacht in het strafrecht, Praeadvies voor de Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de Katholieken in Nederland (Thijmgenootschap), s'Gravenhage 1947, S.86
 - 3) Bronkhorst, Duynstee, van Eck, Emmen-Riedel, Hazewinkel-Suringa, Nolte
 - 4) Pompe, Handboek, S.123 FN 1
 - 5) Pompe, Handboek, §17, S.123 ff
 - 6) aaO S.129; vergl. Remmelink Art.40, Anm.4, S.254
 - 7) es gibt hierfür eine Vorschrift im bürgerlichen Gesetzbuch (Art.1281 BW); Pompe nennt ferner aus dem Handelsgesetzbuch Art.91 WvK - b.w.

zum Ausdruck gebracht, daß er in Ausnahmefällen ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung zulasse. Dann bräuchten Vertragspflichten ausnahmsweise nicht eingehalten zu werden.

Dem Art. 40 Sr habe der Gesetzgeber, der bewußt in dieser Vorschrift auf eine nähere Beschreibung verzichtet habe, eine Korrektivfunktion im Strafrecht zugewiesen, die wie ein "Sicherheitsventil" arbeite.¹⁾ Dadurch werde verhindert, daß die allgemeinen Strafnormen auf Fälle Anwendung finden, für die sie redlicherweise nicht gedacht sind.¹⁾

Pompe verweist ebenso wie van Hamel und Zevenbergen das Notstandsproblem auf die Ebene der Rechtswidrigkeit. Anders als diese sagt er jedoch nicht ausdrücklich, daß die im Notstand begangene Handlung rechtmäßig sei. Nach ihm ist bei overmacht die Tat nur "nicht rechtswidrig".²⁾ Hier fehlt das ausdrückliche Bekenntnis zur Billigung der Tat durch die Rechtsordnung. Die T a t behält bei Pompe ihren Charakter als rechtswidriges Tun. Die R e c h t - f e r t i g u n g kommt bei ihm nur dem T ä t e r zugute. Pompe bezeichnet dies als "persönlichen Rechtfertigungsgrund".³⁾

Gegen alle Lehren, die den Notstand als ein Schuldproblem sehen, und auch gegen die differenzierenden Theorien grenzt sich Pompe ab. Nach seiner Ansicht spricht dagegen nämlich einmal, daß der Gesetzgeber das Wort "gedwongen" durch

Art.1281 BW: "Kein Ersatz von Aufwendungen, Schäden und sonstigen Interessen ist zu leisten, wenn der Schuldner durch übermächtigen Einfluß (overmacht) oder durch Zufall daran gehindert worden ist, etwas zu geben oder zu tun, wozu er verpflichtet war, oder wenn er deshalb eine unerlaubte Handlung begangen hat ..."

Art.91 WvK: "Die Fuhrleute haben für sämtliche Schäden an dem zur Fuhr übernommenen Handelsgut einzustehen, mit Ausnahme solcher Schäden, die durch einen Fehler an dem Gut selbst, durch übermächtigen Einfluß (overmacht) oder durch die Schuld oder Nachlässigkeit des Absenders oder Speditors verursacht worden sind ..."

Der Notstand ist auch hier nur mit "overmacht" ausgedrückt

1) Pompe, aaO S.130

2) aaO S.129, 143

3) aaO S.131, 132, 73

das Wort "gedrungen" ersetzt hat¹⁾. Desweiteren stützt Pompe seine Auffassung damit, daß die MvT den deutschen "Nothstand" ausdrücklich zitiert und in diesem Zusammenhang von den "Grenzen zwischen dem Erlaubten und Unerlaubten" gesprochen hat.²⁾ Die MvT selber ging daher nach seiner Ansicht von einem Notstandsbegriff aus, der sich allein in dem Bereich zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit abgrenzen läßt.³⁾ Im übrigen sei eine Lösung, die nur auf die rein physische Möglichkeit, ob der Täter noch Widerstand leisten kann, abstellt, mit Rücksicht auf zu- meist doch rein tatsächlich noch vorhandener Widerstandsmöglichkeiten unpraktikabel. Außerdem werde die ängstliche gegenüber der kaltblütigen Natur begünstigt.

Pompe wendet sich auch ausdrücklich gegen die Differenzierungslehre.⁴⁾ Er sieht in der Unterscheidung zwischen overmacht und noodtoestand keine Notwendigkeit, obschon er erkennt, daß die verschiedenen Fälle, "die durch diesen e i n e n Begriff gedeckt werden", höchst verschieden geartet sind⁵⁾. Er meint aber, sich mit e i n e r overmacht, aus der sich ein "nicht rechtswidriges" Tun herleiten läßt, begnügen zu können. Dem Argument, daß bei ausschließlich nicht rechtswidriger overmacht gegen den Angreifer niemals Notwehr ausgeübt werden könne und daß Teilnahme stets straflos sei, wird Pompe entgegengehalten können, daß nach seiner Auffassung die overmacht nur persönlicher Rechtfertigungsgrund ist, also nur dem Täter

1) Der sprachliche Unterschied zwischen "Zwang" und "Drang" ist freilich nicht sehr groß. Die Begriffe unterscheiden sich nur von ihrer Intensität her: der in einer Zwangslage Begriffene sieht sich noch weniger Auswegmöglichkeiten gegenüber als der (nur) in Bedrängnis Geratene. MvT, Smidt I, S.376 u. 377

2) Pompe, aaO S.129; MvT, Smidt I, S.376. Pompe's Folgerung erscheint allerdings fraglich. Dagegen spricht sowohl die Definition der MvT wie auch die Entstehungsgeschichte des Art.40 Sr (s.o. IV,1), dessen Wurzeln mehr in Art. 64 CP als in §54 RStGB verankert sind. Der deutsche Notstand wurde in der MvT nur erwähnt, weil man glaubte, ihn im niederländischen Gesetz nicht eigens erwähnen zu müssen. Aus der MvT läßt sich viel eher eine differenzierende Betrachtung ableiten (s.o. IV,1 d (2), S.195)

3) s.o. S.303

4) aaO Nr.67a, S.130 ff

5) aaO S.133

zugute kommt. Im Falle der mittelbaren Täterschaft komme die overmacht nur dem unmittelbaren (genötigten) Täter zugute, die Tat des mittelbaren Täters bleibe daher rechtswidrig. Die Notwehr richte sich demnach gegen den Angriff des mittelbaren Täters. Nach Pompe begünstigen ohnehin alle Strafausschließungsgründe nur den Täter persönlich, lassen aber den Makel in der Tat "unangestastet"¹⁾.

Nach R e m m e l i n k ²⁾ sind die Einwendungen gegen Pompe's Lehre praktisch nicht sehr bedeutend. Strafflose Teilnahme werde über Art. 50 Sr³⁾ verhindert, weil nach Pompe die Rechtfertigung nur dem Täter zukommt. Da Pompe jedoch a l l e ⁴⁾ overmachts-Fälle als subjektive Rechtfertigungsgründe ansieht, wird bei einem Teilnehmer stets über Art. 50 Sr nach seiner S c h u l d zu fragen sein, weil die (Haupt)tat ja rechtswidrig ist. Dies kann jedoch dann nicht richtig sein, wenn an der eigentlichen Tat nichts Mißbilligenswerthes festzustellen ist. So müßten z.B. in der Optiker - Entscheidung⁵⁾ für den Fall, daß dem Optiker noch ein Angestellter bei der Reparatur der Brille geholfen hätte, bei diesem erneut die Notstandsvoraussetzungen sowie die Schuld geprüft werden. Ob diese dann vorliegen, ist gar nicht sicher. Die Gründe für die Hilfeleistung müssen bei dem Angestellten keineswegs die gleichen sein wie bei seinem Prinzipal. So mag bei ersterem beispielsweise der Gedanke einer bezahlten Überstunde ausschlaggebend gewesen sein. Daran ist auch gar nichts auszusetzen. Denn für eine e r l a u b t e Tätigkeit für seinen Prinzipal darf der Angestellte auch eine entsprechende Belohnung erwarten. Voraussetzung ist

1) Pompe, aaO S.132

2) Remmelink, Art.40, Anm.4, S.254; s.o. V, 2 h, S.32

3) Art.50: "Die persönlichen Umstände, durch die die Strafbarkeit ausgeschlossen, vermindert oder erhöht wird, kommen bei der Anwendung des Strafgesetzes allein für den Täter oder Gehilfen in Betracht, den sie persönlich betreffen." (Übersetzung Schaffmeister, aaO S.78).

4) aaO S.131

5) H.R. Urt.v. 15.10.1923, NJ 1923, 1329; s.o. IV, 2 a S.199ff

aber das Erlaubt-Sein der Tätigkeit. Daher genügt die persönliche Rechtfertigung des Optikers nicht. Vielmehr ist seine Handlung als *s o l c h e* zu billigen.

Zur erlaubten Notwehr führt Pompe den Fall an, daß jemand durch einen Dritten gezwungen wird, gegen einen anderen ein Unrecht zu begehen. "A" nötigt beispielsweise "B", den "C" zu verprügeln. C wehrt sich gegen B. Nach Pompe darf sich C wehren, weil der Angriff des B objektiv rechtswidrig ist. Die subjektive Rechtswidrigkeit fehlt zwar bei B, ist aber bei A - als dem eigentlichen (mittelbaren) Täter - zu finden. C wehrt sich in *N o t w e h r* direkt gegen A, während B als Instrument des A ¹⁾ nur "mittelbar" betroffen wird. (Er ist sozusagen der Prügelknabe!). Deshalb ist auch nur der A, nicht dagegen der B oder C zu bestrafen. Rummel ²⁾ unterstützt dabei Pompe, indem er klarstellt, daß der C sich auf Grund eines (dann allerdings nicht so weit wie die Notwehr reichenden) *N o t s t a n d e s* direkt gegen B, der ja nur subjektiv gerechtfertigt ist, verteidigen darf.

Das Ergebnis von Pompe (Straflosigkeit des B und C) ist freilich nicht zu beanstanden. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb das Opfer (C) dadurch weniger Verteidigungsraum (z.B. durch stärkere Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ³⁾) erhalten soll, daß es nicht unmittelbar vom Täter sondern von einem mittelbaren Täter (A) angegriffen wird. Richtigerweise ist der Angriff des B als in jeder Hinsicht rechtswidrig anzusehen. Wenn er den C verprügelt, kann dies nicht gebilligt werden. Daher darf sich C direkt gegen B mit dem Recht der *N o t w e h r* wehren. B bleibt allerdings straflos, weil er durch die

1) so Pompe, aaO S.137 in FN 1 gegen Hazewinkel-Suringa in TvS 57, S.199 FN 109

2) aaO

3) wobei jedoch eine Beschränkung auf die reine Selbstverteidigung gerechtfertigt sein kann, damit nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen wird; vergl. Jescheck, Lehrbuch, S.277; BGHSt 3, 217; BGH GA 1956, 49; BayObLG MDR 1965, 65; AG Bensberg NJW 1966, 733; das Problem wird bei der Notwehrprovokation besonders deutlich

Nötigung des A e n t s c h u l d i g t i s t.¹⁾

Pompe übersieht m.E., daß ja gerade die Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld dazu dient, danach fragen zu können, ob nur der Täter von der Mißbilligung verschont bleiben soll oder nicht, oder ob nicht vielmehr die Tat als solche als nicht tadelnswert anzusehen ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb alle Strafausschließungsgründe nur dem Täter persönlich zugute kommen sollen. Da der Gesetzgeber die Rechtsordnung unmöglich abschließend darstellen kann, muß es Fälle geben können, in denen die Rechtsordnung einen bestimmten Vorgang billigt, obwohl ein einzelner Straftatbestand an sich erfüllt ist. Wenn das Gesetz versagt, darf die Rechtsordnung nicht schweigen und dem Täter die "Schuld" zuschieben. Die Rechtsordnung muß dann ein bestimmtes Tun für gerechtfertigt erklären, d.h. nicht der Täter sondern die T a t verdient die Gutheißung.

Pompe selbst räumt in seiner letzten Auflage ein, daß er nunmehr zwischen persönlichen und nicht persönlichen Strafausschließungsgründen, je nachdem, ob der Grund innerhalb (z.B. beim amtlichen Befehl, Art. 43 Sr) oder außerhalb (z.B. bei der Notwehr, Art. 41 I Sr) der betroffenen Person liegt, unterscheidet²⁾.

1) B könnte sich vielleicht dann auf rechtfertigenden Notstand berufen, wenn er von A mit dem Tode bedroht wurde und er dem C nur geringfügige Verletzungen zugefügt hat. Dann aber müßte C die Verletzung wehrlos hinnehmen, - ein Ergebnis, das kaum haltbar erscheint. Nach Remmelink's Interpretation von Pompe dürfte C sich wehren, weil B nur subjektiv gerechtfertigt ist, sein Angriff selbst aber (objektiv) rechtswidrig bleibt. Besser erscheint es m.E. auch hier die (gesamte) Rechtswidrigkeit anzunehmen. Zwar hat nach der Güterabwägung sicherlich das Leben des B mehr Gewicht als das Interesse des C, vor geringfügigen Körperverletzungen verschont zu bleiben. Doch verbietet die verfassungsmäßig geschützte Menschenwürde derartige Eingriffe in die Körperintegrität. Nach der korrigierenden Zwecktheorie (§34,2 StGB) muß hier demnach eine Rechtfertigung abgelehnt werden. Die immer auf den Einzelfall abstellende niederländische Lehre und Rechtsprechung käme wohl zu keinem anderen Ergebnis. Der Fall ähnelt dem "Blutspende-Fall", Gallas, Beiträge, S.70.

2) Pompe, aaO §10, S.73

Nicht zu folgen ist daher auch Pompe, wenn er, wie auch verschiedene andere deutsche Autoren¹⁾ die im Notstand begangene Handlung einfach als "nicht rechtswidrig" ansieht. Denn im Grunde bleibt sie eben doch rechtswidrig. Eine Teil-Rechtswidrigkeit kann es nämlich nicht geben. Pompe sieht in der overmacht ein nicht unbilliges Mittel zu einem billigen Zweck, d.h. das Mittel ist weder billig noch unbillig.²⁾ "Dieses künstliche Mittelding zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ist überflüssig und nur zu dem Zweck verwendet worden, um das 'Notwehrrecht' des im Notstand Angegriffenen zu begründen."³⁾

Die ablehnende Haltung Pompe's gegenüber der Differenzierungslehre von Hazewinkel-Suringa und Langemeijer erklärt er selbst auch mit seinem Verständnis der Schuld⁴⁾. Unter S c h u l d versteht er V e r m e i d b a r - k e i t rechtswidrigen Verhaltens. Der Vorwurf, der dem Täter hieraus gemacht wird, ist die F o l g e dieser Vermeidbarkeit. Pompe meint, daß Hazewinkel-Suringa und Noyon-Langemeijer deshalb zwischen rechtfertigendem noodtoestand und entschuldigender overmacht unterscheiden, weil sie die Schuld nicht als Vermeidbarkeit rechtswidrigen Verhaltens ansehen, d.h. daß sie nicht darauf abstellen, ob der Täter es vermeiden k o n n t e , sondern danach fragen, ob er es vermeiden m u ß t e .⁵⁾

1) Allfeld, Lehrbuch, S.131; von Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl, S.24 ff; Binding, Handbuch, S.765; H.A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, S.241; Maurach, Kritik der Notstandslehre, S.99; H.Mayer, Strafrecht, S.189; von Weber, Notstandsproblem, S.35; RGSt 23, 116

2) Pompe, aaO §17, S.143

3) von Weigelin, GS 116, 96

4) Pompe, aaO §18, S.144 ff

5) aaO S.144 FN 1

Die Vermeidbarkeit ist jedoch nicht das alleinige Kriterium der Schuld. Sie hat ihre wesentliche Bedeutung bei den Fahrlässigkeitsdelikten. War bei Vorsatz hingegen der Erfolg (unabhängig vom Zutun des Täters) unvermeidbar, so kommt Versuch in Betracht. Mit der Schuld wird dem Täter dessen mangelhafte Rechtsgesinnung vorgeworfen. Hier drückt sich der Unwertgehalt aus; die bloße Vermeidbarkeit rechtswidrigen Handelns besagt hingegen nur, daß auch ein "anderer Weg" möglich war. Während "Rechtswidrigkeit" "Widerspruch gegen das Recht" bedeutet¹⁾, bedeutet "Schuld" "mangelhafte Rechtsgesinnung"²⁾. Der sich in so vielen Formen zeigende Notstand muß auf diese Begriffe ausgerichtet und differenziert werden.

Diese Vielfalt sah allerdings auch Pompe, weshalb er die weite Fassung des Art. 40 Sr begrüßt. Zusammenfassend bestimmt Pompe die overmacht folgendermaßen:

"Overmacht ist somit ein Drang, gegen den man billigerweise keinen Widerstand zu bieten braucht. Wann sich ein overmachts-Fall in dem hier verstandenen Sinne auf-tut, m.a.W. wann man annehmen darf, daß die Befolgung der im Gesetz aufgestellten Regel redlicherweise nicht verlangt werden kann, kann nicht so scharf angegeben werden, daß es für jeden Fall deutlich erscheint. Hierin steckt eine Unsicherheit bei der Anwendung von Art. 40 Sr, welche auf Grund der allgemeinen Formulierung dieses Artikels nicht zu vermeiden ist. Um zu be-urteilen, ob solch eine Ausnahme von dem Gesetz vorliegt, muß auf drei Dinge geachtet werden. Zuerst auf die all-gemeinen Grundsätze der Billigkeit ... Zweitens - hierin liegt eine Gewähr gegen viele Meinungsverschiedenheiten (erg. zu Regel 1) - muß man das Auge auf die gesamte Gesetzgebung gerichtet halten ... Zum dritten wird man mit allen konkreten Umständen Rechnung halten müssen. Gerade dies macht es aus, daß der Gesetzgeber hier schwierig eine ausführliche Regelung geben kann und sehr viel dem Richter, der die einzelnen Fälle zur Beurtei-lung bekommt, überlassen muß." 3)

1) so auch Pompe, §14, S.100; Jescheck, Lehrbuch, §24, I, 1 S.185 m.w.N.

2) Jescheck, Lehrbuch, §39, II, 1 S.344 m.w.N.

3) Pompe, aaO §17, S.134

B r o n k h o r s t , der diesen Ausführungen voll zustimmt, fügt lobend hinzu, daß Pompe hier keine neue Theorie hinzugefügt hat, sondern nur deutlich zum Vorschein bringt, daß weder Gesetzgeber noch Wissenschaft in der Lage sind, das komplizierte, in vielen Varianten auftretende Notstandsproblem nach festen Prinzipien zu erfassen¹⁾. Beizupflichten ist sicher der Erkenntnis, daß die Notstandsfälle vielschichtig gelagert sind und nicht auf einen Nenner gebracht werden können. Doch zeigen gerade die Vertreter der differenzierenden Notstandslehre, daß sich diese Fälle eben doch - sicherlich mit nicht unerheblichen Ausnahmen - nach genaueren Prinzipien charakterisieren lassen: das erste Spezifikum für den rechtfertigenden Notstand ist die Interessenabwägung, das zweite für den entschuldigenden Notstand die herabgesetzte Schuld mit Rücksicht auf die Nichtzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens.

1) Bronkhorst, Overmacht, S. 293

VII. Gewissensnot als besonderes Notstandsproblem.

Im Gegensatz zum deutschen Recht¹⁾ wird in den Niederlanden die Gewissensnot unter dem Kapitel des Notstandes behandelt.

1. Das Problem.

Seit der "Zijp'scher Pfarrer - Entscheidung" im Jahre 1916²⁾ hat die Rechtsprechung und Literatur immer wieder die Frage bewegt, ob ein besonders starker Gewissensdrang einen zur Strafflosigkeit führenden Notstand begründen kann, wenn er Ursache zur Begehung einer Straftat war. Anlaß zu jener Entscheidung gab ein Pfarrer, der auf Grund seiner moralisch-sittlichen Anschauungen über das Töten von Menschen und über die Vorbereitungen zu einem Krieg zur Verweigerung des Wehrdienstes öffentlich aufgerufen hatte (Art.131 Sr).

Das Problem besteht darin, daß das niederländische Strafgesetzbuch "Gewissensnot" als Strafausschließungsgrund nicht kennt und die einzelnen Tatbestände diese ebenfalls unberücksichtigt lassen. Als ein möglicher Weg, die "Gewissensnot" in den Griff zu bekommen, erwies sich Art. 40 Sr. Dann muß es sich bei der Gewissensnot um einen unwiderstehlichen Drang handeln, legt man die MvT zu Grunde. Aber gerade die MvT spricht gegen diesen Weg, da sie die overmacht als eine "von a u ß e n herrührende Ursache von Unzurechnungsfähigkeit"³⁾ bezeichnet und unter diesem Kapitel entsprechend behandelt hat.

1) Das Problem der "Gewissensnot" wird in Deutschland nicht unter dem Kapitel "Notstand" behandelt; Schönke-Schröder-Lenckner, Vorb.§32 Rdnr.118 behandeln sie als einen eigenen Entschuldigungsgrund. Die Gedanken des entschuldigenden Notstands hier anzuwenden schiene aber m.E. gar nicht von der Hand zu weisen, weil es grundsätzlich keinen Unterschied ausmachen dürfte, ob der sich im Täter abwickelnde psychische Konflikt durch äußere (z.B. Lebensbedrohung) oder innere (Gewissensnot) Faktoren ausgelöst worden ist.

2) H.R., Urt.v. 26.6.1916, NJ 1916, 703 = W.1916, Nr.9955

3) Smidt I, Art.40, S.375

Wird hingegen das Handeln des Täters durch sein Gewissen getrieben und bestimmt, so ist die Ursache dieses Drangs nicht außerhalb sondern i n n e r h a l b der Täterpersönlichkeit zu finden.

Während nach der Vorstellung der MvT der Täter bei overmacht g e g e n seinen Willen von a u ß e n her in eine bestimmte Richtung getrieben wird, handelt der Gewissenstäter m i t seinem Willen, der sich zwar von i n n e n her gegen das Gesetz richtet, beim Täter aber die Vorstellung entstehen läßt, er handle im Recht. Der overmachts-Täter handelt aber gerade gegen seinen Willen im Bewußtsein des geschehenden Unrechts: coactus, attamen voluit, bedeutet zwar, daß der Täter nicht willenlos handelt, die Willensbestimmung ist jedoch unfreiwillig erfolgt.

2. Die Rechtsprechung und Literatur zu dem Problem der Gewissensnot.

Lange Zeit lehnte die niederländische Rechtsprechung¹⁾ die

1) Auch in Deutschland werden an die Berücksichtigung von Gewissensnot überwiegend strenge Maßstäbe gesetzt, um zu vermeiden, daß der Täter seine eigenen Wertvorstellungen zum Maßstab für die Rechtsordnung macht. So wird bei Begehungsdelikten Gewissensnot überhaupt nicht berücksichtigt, Gallas, Beiträge, 65; Heinitz ZStW 78, 631; Noll, ZStW 78, 638 ff; Jescheck, Lehrbuch, S.334; Hirsch LK §51 Vorb.183; Maurach/Zipf, S.489; Schmidhäuser, 425 ff; Schönke-Schröder-Lenckner, Vorb.119 zu §32. Bei Unterlassungsdelikten kann sich hingegen der Täter mit Gewissensnot entschuldigen, wenn er sich auf Art.4 GG berufen kann. Das Problem taucht insbesondere bei den Kriegsdienstverweigerern, die auch den Ersatzdienst ablehnen (Zeugen Jehovas), und Angehörigen bestimmter Glaubensgemeinschaften auf, die jegliche Bluttransfusion ablehnen, obwohl sie medizinisch indiziert ist (Zeugen Jehovas) und dadurch sich oder ihre Kinder in Lebensgefahr bringen. Im ersteren Fall wird die Berufung auf Gewissensnot überwiegend abgelehnt. s. Baumann, S.477; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 66,80,97,119; Bopp, Der Gewissenstäter, Freiburger Rechts- u. Staatswissenschaftl. Abh. Bd.38, dazu kritisch Bockelmann GA 1976, 317; von Burski, Die Zeugen Jehovas; Heinitz aaO; Noll, aaO; Jescheck, Lehrbuch, S.334,516; Schönke-Schröder-Lenckner, StGB Vorb.§32 Rdnr.119 ff; Thieleke, Wer darf leben? Der Arzt als Richter; Ulsenheimer, FamRZ 1968,568 ff¹ s.auch Händel NJW 1972, 327 m.w.N.; aus der neueren Literatur in zivilrechtl.Sicht Deutsch NJW 1979, 1905 ff;

Berufung auf overmacht auf Grund von Gewissensbeschwerden ab.¹⁾ In der eingangs zitierten "Zijp'schen Pfarrer-Entscheidung" führte der H.R. zu Recht aus, daß ein sich "nur aus eigenen Vorstellungen über die sittlichen und gesellschaftlichen Werte gesetzlicher Einrichtungen und Vorschriften entwickelnder Drang"²⁾ nicht als overmacht angesehen werden kann. Nach diesem Urteil entscheidet nicht die private Anschauung des einzelnen Bürgers über Recht und Unrecht sondern die Gesamtheit der gegebenen Rechtsordnung. Der Gewissenstäter ist nicht unfähig sondern unwillig, die gesetzliche Norm einzuhalten, indem er seine Privatanschauungen zum Maßstab über Recht und Unrecht erhebt.

Laufs, Arztrecht, S.35-46, Rdnr.84; vergl. ferner Müller-Dietz, Peters Festschrift, 107; Rudolphi, SK 7 Vor.§19, S.622 ff; Wittig, JZ 1969, 547; für eine generelle Berücksichtigung von Gewissensbeschwerden Peters JZ 1972, 85 ff; derselbe, H.Mayer Festschrift, S.276 ff; die Rechtsprechung sah in der Gewissensnot zunächst überhaupt keinen Strafausschließungsgrund, OLG Bremen, NJW 1963, 1962 und OLG Karlsruhe JZ 1964, 761 - jeweils zu Zeugen Jehovas, die auch den Ersatzdienst aus Glaubensgründen ablehnen; OLG Hamm NJW 1968, 212 zu Zeugen Jehovas, die eine dringende Bluttransfusion an ihrem minderjährigen Kind ablehnten - das Gericht nahm allerdings einen möglichen Verbotsirrtum an; vergl. die Kritik zu dieser Entscheidung bei Kreuzer, NJW 1968, 1201; Ulsenheimer, FamRZ 1968, 568 ff; vergl. BGHSt 16, 155; 19, 295; BayObLG NJW 1957, 354; ferner BGH NJW 1963, 761; BVerfGE 12, 4; BVerfG NJW 1978, 1245; BayObLG NJW 1977, 530; - eine ausdrückliche Anerkennung einer auf Art. 4 GG gestützten Gewissensnot sprach BVerfGE 32, 98 ff (109) aus: ein Ehemann hatte sich trotz wiederholter Aufforderung durch den behandelnden Arzt geweigert, seine auf Grund einer Geburt an starkem Blutmangel leidenden Ehefrau zur notwendigen Bluttransfusion in das nächste Krankenhaus zu verbringen. Auch die Frau hatte sich gegen die Behandlung im Krankenhaus geweigert. Sie hielten eine Heilung durch das Gebet für besser; die Frau verstarb alsbald. Zustimmung fand diese Entscheidung bei Deubner, NJW 1972, 814; Peters NJW 1972, 85 und Schönke/Schröder/Lenckner, aaO; kritisch äußerten sich Dreher JR 1972, 342; Händel, aaO.

- 1) HR Urt.v. 26.6.1916, NJ 1916, 703; HR Urt.v. 26.6.1934, NJ 1935, 1136; HMG Urt.v. 4.4.1916, MRT XI, Nr.474 - keine Dienstverweigerung aus Gewissensnot; HMG Urt.v. 11.2.1919, MRT XIV, 505 - keine Berufung auf overmacht bei einem jüdischen Leutnant, der am Samstag Wache beziehen mußte; BRvC Urt.v. 20.3.1946, NOR 1946, Nr.124 (Fall Mussert) und BRvC Urt.v. 12.1.1949, NJ 1949, Nr.87 (Fall Rauter)
- 2) HR Urt.v. 26.6.1916, NJ 1916, 703 - s.o. S.312

Der Gewissensdrang darf übrigens nicht mit einem psychischen, krankhaften Drang verwechselt werden. Hier handelt es sich um eine "inwendige Ursache von Unzurechnungsfähigkeit", deren Strafflosigkeit wegen des abnormalen Geisteszustandes in Art. 37 Sr begründet liegt.¹⁾ Der Gewissens-täter handelt i n Verantwortung auf sein Gewissen, während der geistig (krankhaft) Gestörte o h n e Verantwortung handelt.

Mit der gleichen Begründung wie die Rechtsprechung lehnt auch ein großer Teil des Schrifttums grundsätzlich eine strafbefreiende Berufung auf Art. 40 Sr im Falle von Gewissensnot ab.²⁾ Nach Pompe³⁾ ist der Richter nicht befugt, über das Gewissen seiner Mitmenschen zu urteilen. Er kann aber die Gewissensmotive bei der Höhe der Strafzumessung berücksichtigen.

Ein Teil des Schrifttums befürwortet allerdings die Berücksichtigung von Gewissensnot bei overmacht.⁴⁾

1) Smidt I, MvT zu Art.37, S.339

2) van Hattum, Handboek, Nr.211, S.354,355; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.269,270; dieselbe, ArsAe. 1951/52, S.147; Themis 54, 362; TvS 57, 148,149; Pompe, Handboek, S.140; Rammelink, Art.40 Anm.13, S.265; s.ferner NJV 1960 I, 17 ff (30 ff); II, 121

3) Pompe, Handboek, S.140

4) van Bemmelen, Themis 1952, 262; derselbe, Ons Strafrecht, Nr.52, S.211 - er behandelt Gewissensnot als einen nicht rechtfertigenden aber entschuldigenden Notstand; Bronkhorst, Overmacht in het Strafrecht, S.237; van Eck, Praeadvies, NJV 1960 I, S.81 ff, II, S.95 ff; Noyon-Langenmeijer I, S.257 Anm.1 und NJV 1960 II, S.82; Hooykaas, Plädoyer vor dem HR, NJ 1951, Nr.348 (Urt.v. 20.6.1950); derselbe, Problemen van Administratief Recht, S.8,9

3. Die Rechtsprechung seit 1950.

In den 50-iger Jahren trat in der Rechtsprechung eine Wende ein. Entgegen der früheren Rechtsprechung konnte nunmehr der Gewissenstäter sich erfolgreich auf Gewissensnot berufen, wenn sie Ursache seines Handelns war. Im ersten Fall handelte es sich um den bekannten "Alphen'schen Viehbauer" - Fall. Ein Bauer aus Alphen hatte sich aus Glaubensgründen geweigert, Mitglied beim Provinzial-Gesundheitsdienst zur Bekämpfung von Tbc bei Rindvieh zu werden.¹⁾ Der HR wies das Verfahren an die Vorinstanz zurück, weil diese unter Mißachtung von Art. 358 III Sv a.F. den Vortrag des angeklagten Bauern, er könne sich dem Gesundheitsdienst aus Gewissensgründen nicht anschließen, unbeachtet gelassen hatte. Der HR erklärte damit das Vorbringen von "Gewissensnot" für erheblich.²⁾

Warum der HR das Vorliegen von Gewissensnot für erheblich hielt, führte er nicht näher aus. Diese "Merkwürdigkeit" stellte auch Pompe in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung fest.³⁾ Nach seiner Meinung konnte der HR den Grund der Straflosigkeit nur in Art. 40 Sr gesehen haben. Diese Interpretation findet vor allem in dem Plädoyer des Staatsanwalts Hooykaas zu dieser Entscheidung ihre Stütze,⁴⁾ da er ausdrücklich das Wort "overmacht" verwendete, die Zijp'sche Pfarrer-Entscheidung zitierte und sich für eine Anwendung der overmachts-Vorschrift bei Gewissensnot aussprach. Hooykaas stellte folgende Bedingungen:

- (1) subjektiv müssen die Gewissensbeschwerden unüberwindbar sein;
- (2) objektiv müssen sie so geartet sein, daß sie vom Rechtssystem als overmacht angesehen werden können.

1) HR, Urt.v. 20.6.1950, NJ 1951, Nr.348 mit Anm. Pompe, der Gewissensnot ablehnt

2) Der Hof von s' Gravenhage, der erneut über die Sache zu verhandeln hatte, verwarf wiederum das Vorbringen des Angeklagten, "weil solche Gewissensbeschwerden vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sind und sie auch keine overmacht begründen," Urt.v. 3.11.1950, NJ 1951, Nr.479 mit Anm. Pompe, der sich über die Entscheidung enttäuscht zeigte.

3) NJ 1951, Nr.348, S.629

4) aaO, S.628

Das zweite Urteil, das am selben Tage wie das soeben genannte erging und in der NJ unmittelbar im Anschluß an jene Entscheidung zitiert wird¹⁾, das "Apeldoornse - Maler - Urteil", betraf einen Maler aus Apeldoorn, der einen desertierten Soldaten in seiner Wohnung aufgenommen hatte; er hatte ihn damit vorsätzlich "verborgen" gehalten (Art. 189 Sr). Der Soldat war dem Militärdienst aus Gewissensgründen ferngeblieben. Er hatte aber nach seiner Desertion eine Bittschrift eingereicht, worin er um Anerkennung seiner Gewissensgründe gegen den Kriegsdienst mit der Waffe gebeten hatte. Seinem Antrage wurde später auch stattgegeben. Die anfängliche, bis zum Zeitpunkt der Anerkennung dem Tatbestand nach vorliegende Desertion hielt der Maler durch noodtoestand gerechtfertigt. Daher, so meinte er, konnte ihm auch nicht vorgeworfen werden, daß er jemanden "verborgen" habe, "der eines Verbrechens schuldig ist," (Art. 189 Sr).

Der HR verwarf allerdings das Rechtsmittel des angeklagten Malers gegen die Verurteilungen der Vorinstanzen, weil "bei einem Dienstpflichtigen das Hervortreten von Gewissensbeschwerden, auch wenn sie anerkannt sind oder zur Anerkennung in Aussicht stehen, nicht einen Notstand begründen, durch den eine durch den Dienstpflichtigen begangene Straftat nicht strafbar ist ..." ¹⁾.

Der HR benutzte aber hier den Begriff "noodtoestand", womit er offensichtlich (ebenso wie der Angeklagte) einen Rechtfertigungsgrund meinte.²⁾ Gewissensbeschwerden können nach diesem Urteil demnach eine Desertion nicht rechtfertigen. Eine Entschuldigung ließ das Gericht ausdrücklich offen (möglicherweise entschuldigende overmacht)³⁾.

Gewissensnot als Entschuldigungsgrund wurde somit vom HR nicht ausgeschlossen.⁴⁾

1) HR, Urt.v. 20.6.1950, NJ 1951, Nr.349, ebenfalls von Pompe kommentiert, Nr.348, S.631

2) Pompe, aaO; Bronkhorst, Overmacht, S.239

3) Pompe, aaO; Bronkhorst, aaO; van Bemmelen, Ons strafrecht, S.212

4) "...ungeachtet, inwieweit ihm (dem Dienstpflichtigen) dies vorgeworfen werden kann," HR, aaO

Im Jahre 1952 befaßte sich der HR erneut mit einem Fall von Rindvieh-Tbc - Bekämpfung. Auch hier hatte sich ein Bauer mit Erfolg auf seine religiösen Bedenken berufen.¹⁾

Z u s a m m e n f a s s e n d läßt sich zu dieser Rechtsprechung sagen, daß der Richter eine Berufung auf Gewissensnot nicht einfach übergehen darf, sondern prüfen muß, ob sie nicht zu einem Strafausschluß führen kann. Offen bleibt hierbei, ob eine Rechtfertigung dann durch overmacht, also entgegen der MvT, die nur auf ä u ß e r e , nicht innere, seelische Einflüsse abstellt, gegeben ist, oder ob sie auf einem allgemeinen Rechtfertigungsgrund beruht. Gewissensbeschwerden gegen den Militärdienst können außerdem keinen rechtfertigenden, allenfalls einen entschuldigenden Notstand begründen.²⁾

Diese Rechtsprechung ist stark kritisiert worden³⁾. Mit großer Stimmenmehrheit wies im Jahre 1960 die niederländische Juristenvereinigung (NJV) in Nijmegen die Qualifizierung der Gewissensnot als Strafausschließungsgrund ab.⁴⁾ Es gab jedoch auch entgegengesetzte Stimmen⁵⁾. Van Eck ging davon aus, daß es im Wesen des Rechts liege, daß echte Gewissensnot zur Straflosigkeit führen müsse⁶⁾, während R Emmelink in der Gewissensnot als solcher keinen Strafausschluß begründet sah, wenn sie vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt wird⁷⁾.

Im übrigen konnte man sich zu dieser Rechtsprechung auch darin nicht einigen, auf welche Weise der HR die Gewissensnot berücksichtigen wollte.⁸⁾ Nach Langemeijer soll sie

-
- 1) HR, Urt.v. 17.6.1952, NJ 1952, Nr.683 mit Anm. Pompe, der in der Entscheidung wiederum die Begründung vermißt, auf der die Straflosigkeit der unter Gewissensdrang begangenen Tat beruhen soll. Overmacht als Strafausschließungsgrund lehnt er wiederum ab, S.1190
 - 2) van Bemmelen, aaO S.213; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.270; R Emmelink, Art.40, Anm.13, S.263, 264
 - 3) Hazewinkel-Suringa, aaO; Pompe, Handboek, S.140; R Emmelink, aaO
 - 4) NJV 1960 II, S.126
 - 5) Hooykaas, NJV 1960 II, 76 ff; van Eck aaO 95 ff; Langemeijer, aaO 81 ff
 - 6) NJV 1960 II, S. 95 ff
 - 7) NJV 1960 I, S. 17 ff; II, S. 121
 - 8) vergl. Pompe, Anm. unter HR Urt.v. 20.6.1950, NJ 1951, Nr.348

unter overmacht einzuordnen sein, van Eck begründet die Straflosigkeit mit der Abwesenheit sämtlicher Schuld ("avas")¹⁾, eine analoge Anwendung der Vorschrift über die Unzurechnungsfähigkeit (Art. 37 Sr) schlägt Vrij vor²⁾, und schließlich soll Gewissensnot ein Strafausschließungsgrund sui generis sein.³⁾

Die Rechtsprechung hat in späteren Jahren ihren neu gewonnenen Standpunkt wieder etwas eingeschränkt. Nach dieser neueren Rechtsprechung muß der Richter zwar eine Berufung auf Gewissensnot berücksichtigen; wenn er ihr aber den Erfolg versagt, genügt er der richterlichen Aufklärungspflicht mit der Feststellung, daß das jeweils betroffene Gesetz eine derartige Ausnahme nicht zuläßt.⁴⁾ Sieht das Gesetz eine solche Regelung vor und macht der Betroffene davon keinen Gebrauch, so kann er sich nicht auf overmacht berufen. Er muß die ihm vom Gesetzgeber eingeräumten Möglichkeiten in Anspruch nehmen (wer z.B. den Kriegsdienst mit der Waffe verweigern will, kann sich auf Grund seiner Gewissensnöte nicht einfach auf overmacht berufen, sondern muß sich an die Vorschriften über die Kriegsdienstverweigerung halten). So berief sich ein Autofahrer vergeblich auf overmacht, der ein Kraftfahrzeug geführt hatte, eine Kraftfahrzeugversicherung aber aus Gewissensgründen nicht abgeschlossen hatte. Er hätte von der gesetzlichen Befreiungsmöglichkeit Gebrauch machen müssen⁵⁾.

Einige Zeit später hatte sich der HR mit einem Mitglied des Parlaments zu befassen, der ohne behördliche Genehmigung eine Versammlung unter freiem Himmel abgehalten hatte⁶⁾. Der Beschuldigte, dem eine Übertretung nach einer

1) s.o. V, Tabelle "Niederlande" (6), S.246 ff

2) TvS 62 (1953), 64

3) s. dazu Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.270; Rummelink, Art.40, Anm.13, S.264

4) HR Urt.v. 17.4.1962, NJ 1963, Nr.15; HR Urt.v. 30.5.1967, NJ 1968, Nr.64; HR Urt.v. 7.1.1969, NJ 1969, Nr.259; Hazewinkel-Suringa, aaO; Rummelink, aaO

5) HR Urt.v. 22.7.1966, NJ 1967, Nr.23 mit Anm. Pompe, der den Gesetzgeber auffordert, klar zu bestimmen, wann Gewissensnot berücksichtigt werden muß

6) HR, Urt.v. 16.1.1968, NJ 1969, Nr.2

Polizeivorschrift¹⁾ vorgeworfen wurde, berief sich u.a. auf einen unwiderstehlichen Gewissensdrang, der auf seiner religiösen Überzeugung beruhte: "Wir Quakers wollen hier auf dieser Welt für die leidenden Menschheit aufkommen, und ich selbst kann nicht anders. Ich fühle mich hier wie in einem Begräbniszug betroffen. Insoweit berufe ich mich auf einen religiösen Trieb, gegen den ich keinen Widerstand zu bieten vermag."²⁾

Aus der Formulierung, den Gewissensdrang hier mit einer "unwiderstehlichen Kraft" zu beschreiben, die auch der HR übernommen hat, läßt sich an dieser Stelle schließen, daß der HR die Gewissensnot der overmacht zuordnet.³⁾ Das Gericht hat die Kassationsbeschwerde des Beschuldigten verworfen, da es seinen Vortrag zur Annahme von overmacht nicht für ausreichend hielt, und weil er sich vor allem nicht einmal bemüht hatte, eine behördliche Genehmigung zu erlangen.

4. Schlußfolgerung.

Dieser restriktiven Rechtsprechung muß m.E. gefolgt werden. Auch die Literatur zeigt sich in dieser Frage nicht sehr großzügig.⁴⁾ Wie der BRvC in der Sache "Mussert" richtig

1) Art.121 Allg.Pol.VO Amsterdam: "Es ist verboten, auf oder an einem öffentlichen Weg
a) einen Aufzug abzuhalten,
b) an einem solchen Aufzug teilzunehmen, für welchen nach dieser Verordnung keine Genehmigung erteilt worden ist."

2) HR, aaO

3) so auch Bronkhorst, Anm.zu HR, aaO, S.15, 16; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.271; R Emmelink, Art.40, Anm. 13, S.265

4) auf die umfangreiche Literatur kann im Rahmen dieser Arbeit nicht vollständig eingegangen werden. Zu dem Problem der Gewissenstäter s. insbes. P. Kleene, Wet en Geweten, Amsterdam 1926; Th.W. van Veen, MBR 1971, S. 176; P.J. Baukema, Het geweten als staatsrechtelijk probleem, inaug. Rede VU (1972), der für eine großzügigere Anwendung der Gewissensnot plädiert; ferner die Praeadvies in der NJV 1960 Bd.I und II; ein Aufsatz in NJV-feestbundel (1970) "Der Überzeugungstäter"; G.E. Langenmeijer, Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger, Tübingen 1974

sagte, darf die persönliche Ansicht des einzelnen nicht zum Maßstab darüber werden, worüber die Rechtsordnung und die moralische Ordnung zu entscheiden hat¹⁾. Ansonsten verlöre die objektive Ordnung wegen einzelner abweichender Ansichten und Gefühle ihre Eigenschaft als unumstößliches Prinzip für die Gemeinschaft.

Um rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen, muß die Gesellschaft zwar Minderheiten tolerieren, denn sonst werden auch "Mehrheiten" unumgänglich zu Tyrannen, doch darf sie lediglich aus Rücksicht auf schwächere Gruppen nicht ihre Existenz in Frage stellen. Die Rechtsordnung im umfassenden Sinne bindet daher auch den einzelnen an ihre Prinzipien, selbst wenn er persönlich andere Wertmaßstäbe für richtig hält. Er kann diese aber mit den erlaubten Mitteln der Rechtsordnung in Anwendung bringen. Deshalb ist der niederländischen Rechtsprechung darin zu folgen, daß sie bei Gewissenstätern zunächst prüft, ob der Gesetzgeber für die Geltendmachung von Gewissensnot einen bestimmten Weg vorgeschrieben hat. Die Einhaltung eines solchen formalisierten Weges muß dem einzelnen Bürger zur Aufrechterhaltung der Gesamtordnung zugemutet werden. Auf der anderen Seite muß der Staat bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben die Gewissens- und Glaubensfreiheit der einzelnen Bürger genügend berücksichtigen. Ein im Gewissensbereich sich abspielender Konflikt zwischen Staat und Bürger darf aber m.E. grundsätzlich nicht in Straftaten ausgetragen werden. In diesem Zusammenhang zitieren Hazewinkel-Suringa²⁾ und R Emmelink³⁾ zu Recht Noll: "Der Kampf zwischen der geltenden und postulierten Rechtsordnung ...(soll)... nicht im Strafrecht, sondern im Staatsrecht geregelt werden."⁴⁾

Soweit das Gesetz Gewissensnot berücksichtigt, lassen sich zumeist drei Voraussetzungen finden, die der Gesetzgeber von dem Betroffenen verlangt:

1) BRvC, Urt.v. 20.3.1946, N.O.R. 1946, Nr.124

2) aaO

3) aaO

4) Noll, ZStW 1966, S.640

(1) Häufig wird eine E r s a t z l e i s t u n g verlangt, die den Verlust durch die Nichterbringung der Primärpflicht ausgleichen soll. Kriegsdienstverweigerer haben daher einen Zivildienst abzuleisten. Gewissensnot gegen Pflichtversicherungen müssen durch Zahlungen an einen Sicherungsfond "ausgeglichen" werden.

(2) Die Berücksichtigung der Gewissensnot wird f o r m e l l an eine G e n e h m i g u n g geknüpft. Hierfür werden zuständige Behörden eingerichtet. Dies gilt insbesondere für die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer. Letztinstanzlich kann hier der König entscheiden.¹⁾

(3) Für die Anerkennung der Gewissensnot müssen außerdem bestimmte m a t e r i e l l e Bedingungen erfüllt sein. Art. 2 WGMD (Gesetz über die Gewissensbeschwerden gegen den Militärdienst) verlangt z.B. eine ablehnende Einstellung des Betroffenen gegen j e g l i c h e Kriegsgewalt; die Ablehnung bestimmter Kriegswaffen genügt nicht.^{2) 3)}

5. Europäisches Recht.

Die niederländischen Behörden sind durch Art.9 Europ.MRK daran gebunden, die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit ihrer Bürger zu respektieren.⁴⁾ Gelegentlich hat

-
- 1) Die gerichtliche Kontrolle wird dadurch aber nicht aufgehoben. Das Kriegsgericht von Velde (Süd) sprach einen Kriegsdienstverweigerer frei, obwohl sein Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer vom Kriegsminister abschlägig beschieden worden war, weil er durch overmacht dazu gedrängt worden war, Urt.v. 17.8.1948, NJ 1948, Nr.813. Die Gewissensnot wurde von dem Gericht als overmacht angesehen.
 - 2) gegen diese Einschränkung Baukema, Het geweten als staatsrechtelijk probleem, S.15
 - 3) ebenso die deutsche Rechtsprechung, s. grundlegend BVerfGE 12, 45,(58) - Beschl.v. 20.12.1960 - 1 BvL 21/60
 - 4) Die Bestimmung des Vertrags von Rom vom 4.11.1950, dem sich auch die Niederlande unterworfen haben, lautet:
"(1) Jedermann hat Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfaßt die Freiheit des einzelnen zum Wechsel der Religion oder der Weltanschauung sowie die F r e i h e i t, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, durch die Ausübung und Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben.

der HR diese Vorschrift bei der Prüfung von Fällen von Gewissensnot herangezogen.¹⁾ In der soeben zitierten Entscheidung des HR über die ungenehmigte Versammlung unter freiem Himmel²⁾ hielt das Gericht einen Verstoß gegen Art.9 Europ.MRK u.a. deshalb nicht für gegeben, weil im Interesse der öffentlichen Sicherheit, insbesondere zur Vermeidung von Störungen im Straßenverkehr eine behördliche Genehmigung erforderlich sei. Es handle sich um eine zulässige Beschränkung nach Art.9 II Europ.MRK. Die Erfordernisse einer g e s e t z l i c h e n Beschränkung sah das Gericht für gegeben an. Der HR hätte m.E. allerdings noch eine Verletzung des in Art.11 Europ.MRK verbrieften Rechts auf Versammlungsfreiheit prüfen müssen, allerdings mit dem gleichen Resultat wie bei Art.9, da das öffentliche Interesse an der Sicherheit überwog (Art. 11 II).

Der HR beschränkt in der Praxis die Anwendung von Art.9 EuropMRK auf Delikte, die im Konflikt mit der Religions- oder Pressefreiheit begangen werden.³⁾

(2) Die Religions- und Bekenntnisfreiheit darf nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind."

1) HR, Urt.v. 13.4.1960, NJ 1960, Nr.436; HR, Urt.v. 30.5.1967, NJ 1968, Nr.64; HR, Urt.v. 4.11.1969, NJ 1970, Nr.127

2) HR Urt.v. 16.1.1968, NJ 1969, Nr.2; s.o. 3, S.319

3) s. Remmelink, Art.40, Anm.13, S.265, 266; gegen eine zu starke Eingrenzung, Baukema, aaO S.15; weitere Nachweise bei Remmelink, aaO, S.266 FN 2.

VIII. Der Schwangerschaftsabbruch im niederländischen Strafrecht.

1. Einleitung

Immer wieder¹⁾, schon seit "kanonischer Zeit" hat sich die Frage aufgetan, ob eine Schwangerschaft durch menschlichen Eingriff abgebrochen werden darf, wenn ansonsten das Leben der Mutter ernsthaft gefährdet wäre. Der Schwangerschaftsabbruch wird von der christlichen Ethik als verwerflich angesehen, weil er einen Eingriff in das von Gott geschaffene Leben bedeutet und damit dem Tötungsverbot zuwiderläuft. Sowohl nach kirchlichem wie nach weltlichem Recht ist daher der Schwangerschaftsabbruch unter Strafe gestellt worden. Seit Geltung des niederländischen Strafgesetzbuchs von 1886 ist dort die Strafbarkeit der Abtreibung im 19. Titel der "Verbrechen gegen das Leben" in den Artt. 295 bis 299 Sr geregelt. Art. 295 Sr bestraft die Selbstabtreibung, Art. 296 Sr die Abtreibung durch einen Dritten ohne die Zustimmung, Art. 297 Sr mit der Zustimmung

1) Zu den neueren Versuchen einer Reform des legalisierten Schwangerschaftsabbruchs vergl.: van Bemmelen, NJB 1970, S.997 ff; Chabot, Over argumenten voor en tegen abortus; Commissie Abortusvraagstuk (Klosterman), Interimrapport 1971; Enschedé, Nederl.Tijdschrift v. Geneeskunde 110, S.1349 ff; Harmsen, Kans en keus ..., Haarlem 1978; Moni van Look, Tijdschrift v. Privaatrecht 1974, S.423 ff; Ketting, De verwerking van abortus, Den Haag 1976; derselbe, Van misdrijf tot hulpverlening, Alphen 1978; ders., Het abortusontwerp in de praktijk, MGv 1979, S.187 ff; Mante, Begelijding van ongewenst zwangeren en de toepassing van abortus provocatus in het Academisch Ziekenhuis te Utrecht, Bilthoven 1975; Romijn, NJB 1973, S.917; Abortus provocatus - Rapport van de Commissie benoemd door de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie en Neurologie, Afdeling Psychiatrie, Utrecht 1970; Veenhoven, Medisch Contact 30, Nr.2, S.37 ff; Verslag enquête abortus provocatus in ziekenhuizen. Leidschendam, Geneeskundige Hoofdinspectie van de Volksgezondheid, afd.Ziekenhuizen, 1971, 1973, 1976

2) Art.295: "Die Frau, die vorsätzlich die Abtreibung oder den Tod ihrer Leibesfrucht verursacht oder von einem anderen verursachen läßt, wird mit Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren bestraft."

Art.296: "Wer vorsätzlich die Abtreibung oder den Tod der Leibesfrucht einer Frau ohne ihre Zustimmung verursacht, wird mit Gefängnisstrafe bis zu zwölf Jahren bestraft."

b.w.

der Frau. Artt. 298, 299 Sr betreffen besondere Beihilfehandlungen mit Straferhöhungen sowie besondere Nebenstrafen bei Verbrechen gegen das Leben.

Eine weitere, die Abtreibung betreffende Vorschrift wurde im Jahre 1911 im 14. Titel der "Verbrechen gegen die Sitten" als Art. 251 bis Sr eingefügt.¹⁾ Die Vorschrift stellt unter Strafe, wer bei Behandlung einer Frau dieser zu erkennen gibt oder in ihr die Erwartung erweckt, daß dadurch die Schwangerschaft unterbunden werden kann.²⁾

Die Einfügung dieser Vorschrift wurde nötig, nachdem durch zwei Urteile des H.R.³⁾ für eine Bestrafung wegen Abtreibung der Nachweis erbracht werden mußte, daß die Frucht zur Zeit der Abtreibungshandlung gelebt hat. Da dieser Nachweis praktisch nie erbracht werden konnte, liefen die Abtreibungsvorschriften leer; sie kamen bei den Gerichten kaum noch zur Anwendung.⁴⁾ Nach der neu eingefügten Vorschrift ist der Tatbestand des Art. 251 bis Sr bereits erfüllt (und zwar vollendet), wenn die Frau in Behandlung genommen und ihr d a b e i ein Schwangerschaftsabbruch in Aussicht gestellt wurde.⁵⁾ Eine wirkliche Schwangerschaft ist nicht notwendig; es genügt, wenn der Täter zu erkennen gegeben hat, daß durch seine Behandlung die

Hat die Tat den Tod der Frau zur Folge, wird er mit Gefängnisstrafe bis zu fünfzehn Jahren bestraft."

Art.297: "Wer vorsätzlich die Abtreibung oder den Tod der Leibesfrucht einer Frau mit ihrer Zustimmung verursacht, wird mit Gefängnisstrafe bis zu vier Jahren und sechs Monaten bestraft."

Hat die Tat den Tod der Frau zur Folge, wird er mit Gefängnisstrafe bis zu sechs Jahren bestraft."

1) Gesetz v. 20.5.1911, StBl. 1911, Nr.130, S.5

2) Art.251 bis: "Wer vorsätzlich eine Frau in Behandlung nimmt oder sie sich einer Behandlung unterziehen läßt und dabei zu erkennen gibt oder die Erwartung erweckt, daß dadurch die Schwangerschaft unterbrochen werden kann, wird mit Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu sechstausend Gulden bestraft....."

3) H.R. Urt.v. 1.11.1897, W.Nr.7038; H.R. Urt.v. 29.6.1907, W.Nr.8580

4) van Bemmelen-van Hattum, Lehrbuch II, S.207; Remmelink, Art.251 bis, Anm.1, S.768

5) H.R. Urt.v. 27.4.1942, NJ 1942, Nr.593; van Bemmelen, aaO S.208

Schwangerschaft abgebrochen werden kann.¹⁾ Mit der neuen Bestimmung ist der oft auftretenden Beweisnot bei den Artt. 295 ff Sr ein Ende gesetzt worden. Freilich ist der Tatbestand des Art. 251 bis Sr ein anderer als der in den Artt. 295 ff. Nicht die Abtreibung wird nach Art. 251 bis bestraft sondern die glaubhafte Inaussichtstellung einer geeigneten Abtreibungsmaßnahme während einer (nicht notwendig ärztlichen) Behandlung. Das Höchststrafmaß ist bei Art. 251 bis Abs.1 auch geringer (3 Jahre) als bei Art. 297 Abs.1 (4 Jahre).

Art. 251 bis wurde in den Katalog der Sittlichkeitsdelikte eingereiht, um damit dem Sittenverfall entgegenzuwirken.²⁾ Diesen Prozeß begünstigten nach Ansicht des Gesetzgebers die Abtreiber, weshalb ihnen das Handwerk zu legen war. Sie gefährdeten die Sittlichkeit, "da durch ihr Auftreten die natürlichen Folgen von Unzucht wegfallen."³⁾ Der damalige Justizminister Regout erklärte dazu:

"Mag durch eine solche Bekämpfung die strafbare Abtreibung, die ein Verbrechen gegen das Leben ist und bleiben muß, angegangen werden, dann ist dies ohne Zweifel ein bedeutender Vorteil der gesetzlichen Regelung, - so geht doch das Hauptziel der Regelung selbst nicht in diese Richtung, sondern faßt - ebenso wie die im vorangegangenen Abschnitt besprochenen Artikel - ins Auge, sich geradewegs gegen alle Anleitungen zur Unmoral zu richten und somit vor allem gegen diejenigen, die aus Eigennutz die unehrbaren oder unzüchtigen Handlungen von anderen fördern oder erleichtern." 4)

Dieser Standpunkt ist m.E. nicht haltbar. Zum einen wird man in heutiger Zeit, in der sich die moralischen Vorstellungen gerade auf dem Gebiet der Sexualität allgemein gewandelt haben, eine Schwangerschaft nicht notwendig als Folge "unzüchtigen" Verhaltens ansehen können. Des weiteren hat aber Regout übersehen, worauf van Bemmelen mit Recht hinweist,⁵⁾ daß auch eine erhebliche Zahl verheirateter

1) H.R. Urt.v. 20.6.1950, NJ 1950, Nr.678

2) van Bemmelen, aaO S.207; R Emmelink, aaO

3) MvT zu Art.251 bis, Sitzung der zweiten Kammer 1908 - 1909, Handelingen Nr.293, S.8

4) MvA, Sitzung der zweiten Kammer 1908 - 1909, Handelingen Nr.56, S.21

5) aaO

Frauen Abtreibungen an sich vornehmen lassen. Derartige, durch ehelichen Verkehr entstandene Schwangerschaften konnten aber auch nach den damaligen moralischen Anschauungen nicht als "die natürliche Folge von Unzucht" angesehen werden. Das Unmoralische an jenem Tun liegt in dem Vorschubleisten in Bezug auf Eingriffe in das werdende Leben. Konsequenterweise gehört Art. 251 bis nicht in den 14. sondern ebenfalls in den 19. Titel über die Verbrechen gegen das Leben.

2. Der gerechtfertigte Schwangerschaftsabbruch im geltenden deutschen Recht

In Deutschland war es insbesondere der medizinisch indizierte Schwangerschaftsabbruch, bei dem sich das Problem des rechtfertigenden Notstandes gestellt hatte. Das Reichsgericht hatte hier einen übergesetzlichen Notstand zu Gunsten der bedrohten Mutter angenommen.¹⁾ Später wurde der Schwangerschaftsabbruch bei medizinischer Indikation in einigen besonderen Bestimmungen für erlaubt erklärt.²⁾ Nach dem Zusammenbruch von 1945 galten diese Bestimmungen in Deutschland mit Ausnahme von Bayern³⁾, Hessen⁴⁾ und der DDR als Landesrecht weiter. In den Ländern Bayern und Hessen galten dann jedenfalls die Regeln des übergesetzlichen Notstandes.⁵⁾

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch sein Urteil vom 25.2.1975⁶⁾ hat der Gesetzgeber auf der Grundlage des 5.StrRG vom 18.6.1974⁷⁾

1) RGSt 61, 242 ff; s.o. Teil 2 III,3 S.67 ff

2) §14 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14.7.1933 (RGBl I, 529) i.d.F. des Ges.v. 26.3.1935 (RGBl I, 773) i.V.m. Art.2 bis 5, 14 der 4.AusfVO v. 18.7.1935 (RGBl I, 1035); §5 VO v. 31.8.1939 (RGBl I, 1560)

3) Ges.v. 20.11.1945 (BayBS II, S.106)

4) VO v. 16.4.1946 (GVBl. S.117)

5) BGHSt 2, 114; 3,9; näheres Jescheck, Lehrbuch 1.Aufl., S.240; Schönke/Schröder, StGB 17.Aufl., §218 Rdnr.9 ff

6) BVerfGE 39, 1 ff = NJW 1975, 573 ff = BGBl 1975 I, 625

7) BGBl I, 1297

1.d.F. des 15.StrRG vom 18.5.1976¹⁾ nunmehr in den §§ 218 bis 219 d StGB den erlaubten Schwangerschaftsabbruch detailliert geregelt. Gerechtfertigt²⁾ ist der Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB nach der sogenannten "Indikationenlösung". Bei grundsätzlichem Verbot der Eigen- wie Fremdbetreibung (§218 StGB) sind Abtreibungen nach folgenden Indikationen erlaubt:

- (1) der medizinischen Indikation § 218 a Abs.1 Nr.2
- (2) der eugenischen Indikation § 218 a Abs.2 Nr.1
- (3) der ethischen Indikation § 218 a Abs.2 Nr.2
- (4) der sozialen Indikation § 218 a Abs.2 Nr.3

Bei der medizinischen Indikation handelt es sich um die Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung seit RGSt 61,242. Die anderen Indikationen führten vor Geltung des § 218 a zu keiner Rechtfertigung.³⁾ Nach dem geltenden Recht müssen sie nunmehr im Zusammenhang mit der medizinischen Indikation als Rechtfertigungsgründe angesehen werden.

Auf das deutsche Recht wird im Folgenden nicht weiter einzugehen sein, weil der Gesetzgeber den strittigen Fragen mit seiner detaillierten Regelung ein Ende gesetzt hat. Die Diskussion um die erlaubte Abtreibung⁴⁾ hat damit frei-

1) BGBl I, 1213

2) § 218 a stellt einen Rechtfertigungsgrund dar, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt wird; Jescheck, Lehrbuch 3.Aufl. §33 IV,1 S.288; LG München I, NJW 1980, 646; Entschuldigungsgrund ist hingegen §218 Abs.3 Satz 3 StGB

3) teilweise die eugenische Indikation, s.o. S.327 FN 2; Schönke/Schröder, StGB 17.Aufl. §218 Rdnr.21 ff

4) Nach der hier vertretenen Auffassung wird die soziale Indikation für unvertretbar gehalten. Maßgeblich hierfür erscheint m.E. die Grundhaltung, die man dem menschlichen Leben gegenüber einzunehmen hat. Das werdende ist gleich wie das gewordene Leben in jeder Phase seines Seins unantastbar (BVerfGE 39, 1 ff). Jede Tötung ist daher unerlaubt; Ausnahmen können nur in Extremfällen (z.B. Krieg) geduldet werden. "Sonst angezeigte" Notlagen (§218 a Abs.2 Nr.3) muß der Betroffene sowie die Gesellschaft ertragen, da niemand das Recht hat, eigene Interessen über ein anderes Menschenleben zu setzen. Gerade in einem Sozialstaat wie der Bundesrepublik Deutschland dürfte es die "soziale Indikation" nicht geben! Wird die Not mit der Geburt für die Betroffenen unerträglich, so ist es Aufgabe des Sozialstaates, sich darum zu kümmern. Das Problem der sonst illegalen Abtreibungen wird nicht durch
b.w.

lich noch kein Ende genommen, was z.B. die jüngsten Äußerungen der Bischofskonferenz von Fulda zur sozialen Indikation zeigen.¹⁾

3. Die erlaubte Abtreibung im niederländischen Recht

a) De lege lata

Erlaubt ist im niederländischen Strafrecht der medizinisch indizierte Schwangerschaftsabbruch; darüber sind sich heute Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ einig. Das Gesetz sieht hierfür allerdings keine besondere Regelung vor.

(1) Die Überlegungen des Gesetzgebers

Ursprünglich war in Art. 321 O.R.O., dem jetzt Art. 297 Sr entspricht, noch die Klausel vorgesehen: "Wer 'mit Ausnahme für den Fall einer Lebensgefahr für die Frau oder die Frucht' eine Abtreibung vornimmt ... (usw)". Dieser Zusatz ist jedoch unter dem Justizminister Modderman und sodann vom Parlament bewußt gestrichen worden, weil man den Zusatz für überflüssig hielt.⁴⁾ Dieser drückte nach ihrer Ansicht etwas ohnehin Selbstverständliches aus, das es besser nicht zu regeln galt, denn wo der Gesetzgeber eine Frage ohne Not

ihre Legalisierung gelöst. Ganz abgesehen von den diversen Möglichkeiten geeigneter Empfängnisverhütung muß hier die Gesellschaft helfen, wenn die Betroffenen mit ihrer Notlage nicht fertig werden. Jedenfalls darf das Menschenleben als das höchste Gut der Schöpfung nicht persönlichen Egoismen zum Opfer fallen.

- 1) vergl. FAZ v. 29.9.1979; Die deutschen Bischöfe, Dem Leben dienen, Bonn 1979, S.4 ff: "...jedoch wahrt auch diese weitgehende Indikationenregelung nur dem Anschein nach den Auftrag der Verfassung. Dies erweist inzwischen die Anwendung des Gesetzes in der Praxis...Damit wird deutlich, daß die Änderung des §218 StGB ihr erklärtes Ziel, den Schutz des Lebens besser als bisher zu gewährleisten, nicht erreicht, sondern in bestürzender Weise ins Gegenteil verkehrt hat..."
- 2) Rb Amsterdam Urt.v. 5.2.1942, NJ 1942, Nr.244: bei indizierter Suizidgefahr der Mutter ist Abtreibung gerechtfertigt (der Fall entspricht RGSt 61, 242); Hof s' Hertogenbosch, Urt.v. 22.12.1953, NJ 1954, Nr.161: Schwangerschaftsabbruch gerechtfertigt, wenn der Mutter nach der Niederkunft körperliche oder geistige Invalidität droht
- 3) van Bemmelen, Lehrbuch II, S.209; ders., Ons Strafrecht, S.228; Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.330; Pompe, Handboek, S.112,113; Rammelink, Art.251 bis, Anm.3, S.771 ff
- 4) MvT zu Artt. 295 - 298 Sr, Smidt II, S.445 ff

lösen wolle, lasse er zahllose andere Fragen entstehen.¹⁾
Der Jurist möge hier lieber schweigen und statt dessen handeln: "scire leges, non est verba tenere sed vim ac potestatem."²⁾

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs war nach Ansicht des Gesetzgebers

- a) die Zustimmung der Schwangeren,
- b) eine Behandlung de lege artis.

Dem Arzt sollten nur solche Kunstfehler angerechnet werden, "si ignorabat, quod omnes medici sciunt."³⁾

Der Gesetzgeber vertraute darauf, "daß das Gesetz nur durch Rechtsgelehrte ausgelegt werde, die auch ohne gesetzliche Vorschrift den Grundsatz erkennen: nicht strafbar ist der Arzt, der nach den anerkannten Regeln seiner Kunst handelt."⁴⁾

(2) Die rechtliche Einordnung der medizinischen Indikation

Schwieriger erscheint die rechtliche Einordnung der medizinischen Indikation. Sie ist jedenfalls Rechtfertigungsgrund.⁵⁾ Aus historischer Sicht gehört sie unter den Notstand; schon früh ist er am Beispiel des Schwangerschaftsabbruchs erörtert worden.⁶⁾ In der deutschen Literatur und Rechtsprechung ist die medizinisch indizierte Abtreibung zumeist unter dem Notstand behandelt worden.⁷⁾ Dagegen wird sie in der neueren niederländischen Literatur überwiegend unter dem ärztlichen Berufsrecht⁸⁾, seltener unter

1) MvT aaO S.446

2) MvT aaO S.445

3) aaO

4) MvT aaO S.447

5) s.o. S.329 FN 2 und 3

6) s.o. Teil 1 V,5 S. 35

7) vergl. Wachinger, Frank-Festschrift Bd.1, S.475 ff

8) van Bemmelen, Ons Strafrecht, Nr.58, S.228; Pompe, Handboek, S.112; Rammelink, Art.251 bis, Anm.3, S.775; vergl. auch van Hattum, Handboek I, S.370: Mangels gesetzlicher Regelung bleibe dem Arzt nichts anderes übrig, als nach den Regeln seiner Kunst zu verfahren. Es sei aber zweifelhaft, ob das Leben der Mutter wirklich den Vorrang verdiene. Van Hattum zitiert hier eine Äußerung des Vatikans: "Das Leben der Mutter zu retten (ist) eine sehr edle Absicht, aber das unmittelbare Töten des Kindes zu diesem Zweck ist nicht erlaubt."

dem Notstand¹⁾ behandelt. Die MvT schien ebenfalls vom ärztlichen Berufsrecht ausgegangen zu sein.²⁾ In den Urteilen der Rb Amsterdam³⁾ und des Hof s' Hertogenbosch⁴⁾ ist jeweils nur die Rede von einem auf medizinischer Indikation beruhenden Rechtfertigungsgrund; dies dürfte auch auf das ärztliche Berufsrecht hinzielen. In einer neueren Entscheidung ging der Hof von Amsterdam allerdings nach dem Güterabwägungsprinzip vor.⁵⁾ Dieses Prinzip ist weniger in dem ärztlichen Berufsrecht als vielmehr in dem Abwägungsgrundsatz des rechtfertigenden Notstandes beheimatet. Bei den neueren Diskussionen zur Reform der Abtreibung⁶⁾ war Minister van Agt zwar bei den Verhandlungen vor der zweiten Kammer von dem Berufsrecht des Arztes ausgegangen,⁷⁾ doch hat er sich in späteren Debatten mehr an der "Not der Frau" orientiert.⁸⁾ Auch ist in dem letzten Gesetzesentwurf vom 15. Februar 1979⁹⁾ in Art. 5.2 ausdrücklich die Rede von der "Notsituation" der Frau.

Letztlich ist es m.E. nicht von großer Bedeutung, ob die Rechtfertigung aus dem ärztlichen Berufsrecht oder aus dem rechtfertigenden Notstand hergeleitet wird. Auszugehen ist von der Einheit der Rechtsordnung, deren Zusammenhang nur dann gewahrt bleibt, wenn die verschiedenen Rechtfertigungsgründe nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Bei einem medizinisch angezeigten Schwangerschaftsabbruch kann das ärztliche Berufsrecht sicher nicht weiter reichen als der rechtfertigende Notstand (und umgekehrt). Bei der Indikationsprüfung muß der eingreifende Arzt die erforderliche Abwägung zwischen den gefährdeten Gütern auf alle Fälle treffen, gleichgültig ob er seine Entscheidung seinem Berufs-

1) van Hamel, Inleiding, S.255 möchte die Notstandsregeln als Leitlinie heranziehen; ferner Langemeijer in Noyon-Langenmeijer, 5.Aufl. I, S.262

2) Smidt II, S.446; s.o. (1) S.329 f

3) Urt.v. 5.2.1942, NJ 1942, Nr.244

4) Urt.v. 22.12.1953, NJ 1954, Nr.161

5) Urt.v. 10. 1.1975, NJ 1975, Nr.45, S.159 (Bloemehove Klinik von Hemstede)

6) vergl. hierzu Schaffmeister, Strafgesetzbuch S.44 FN 197, 198

7) Handelingen 2.Kammer 1972/73, Nr.666, Anh. S.1337

8) Handelingen 2.Kammer 1974/75, S.1019, 1029

9) Parlamentsdrucksache 15475

recht oder der Notlage unmittelbar entnimmt. In Deutschland wäre eine den Ärztestand betreffende Vorschrift, die den Ärzten mehr Eingriffsmöglichkeiten zugesteht, als es die abschließend regelnden §§218 a ff StGB erlauben, mit der Verfassung sicherlich unvereinbar.¹⁾ Umgekehrt ist in den Niederlanden das dem Berufsstand entnommene Recht sicherlich auch nicht enger als das Notstandsrecht. Dies zeigt gerade die niederländische Literatur und Rechtsprechung, wonach auch beim ärztlichen Berufsrecht der Abwägungsgedanke im Vordergrund steht. Zu Recht bemerkt Rimmelink daher, daß man in der Praxis ebenso gut mit dem Berufsrecht wie mit dem "noodtoestand" verfare.²⁾

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der medizinisch indizierte Eingriff allerdings aus N o t s t a n d gerechtfertigt. Nicht der Berufsstand sondern die Notlage entscheidet über die Rechtfertigung. Der Arzt kommt so an der erforderlichen Interessenabwägung nicht vorbei. Wenn er den Eingriff vornimmt, hat er nicht zu fragen, "darf ich das werdende Leben töten, weil dies mein Berufsrecht erlaubt?" sondern "weil ich der Mutter ihr Leben erhalten möchte?"

Aus diesem Grunde soll der Schwangerschaftsabbruch in den Niederlanden in dieser Arbeit erwähnt werden. Die erlaubte Abtreibung ist ein Problem des rechtfertigenden Notstandes,³⁾ wie es in Deutschland das Reichsgericht im Einklang mit der herrschenden Lehre festgestellt hat.

(3) Die soziale Indikation

Mit Rücksicht auf die neue gesetzliche Regelung in Deutschland bleibt nunmehr zu fragen, ob in den Niederlanden n e b e n den medizinisch indizierten Fällen auch noch a n d e r e Indikationen, insbesondere die s o z i a l e oder "Notlagenindikation" einen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigen können. Bis heute wird auf Grund der Gesetzes-

1) vergl. BVerfGE 39, 1 ff

2) Rimmelink, Art.251 bis, Anm.3 S.776

3) nicht gefolgt werden kann Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.243 ff, der die Tatbestandsmäßigkeit bereits in Frage stellt

lage von Rechtsprechung und Literatur die soziale Indikation als Rechtfertigungsgrund für einen Schwangerschaftsabbruch abgelehnt.

aa) Die Rechtsprechung

Nach einem Urteil der Rb Amsterdam ist eine Schwangerschaftsunterbrechung nur aus medizinischen Gründen zulässig.¹⁾ Das Gericht verurteilte das Verhalten eines Arztes als unverantwortlich,

"weil er wußte, zumindest aber begreifen mußte, daß sowohl nach niederländischem Recht wie nach den hierzulande herrschenden Vorstellungen über die ärztliche Berufspflicht Abbruch von Schwangerschaft weder aus gesellschaftlichen noch aus anderen, sondern nur aus medizinischen Gründen zulässig ist - nämlich nur, wenn zum unmittelbaren Schutz der körperlichen und geistigen Gesundheit der schwangeren Frau der Eingriff unbedingt notwendig ist."

In einem späteren Urteil entschied dasselbe Gericht in einem Fall einer "sozialen Indikation" im gleichen Sinne.²⁾ Nach dieser Entscheidung brauche der Arzt nicht "kritiklos" das junge Leben einer Frau oder auch ihre ernsthaft bedrohte körperliche oder geistige Gesundheit dem noch werdenden Leben zu opfern. Doch stehe es dem Arzt sicherlich nicht zu,

"das hier zur Rede stehende, durch das Gesetz geschützte Interesse dem ganz persönlichen Verständnis eines Arztes über die Lebensaufgaben seines Patienten aufzuopfern ..., da die Beurteilung dieser Werte niemals in den medizinischen Aufgabenbereich gehört."

bb) Die Literatur

Ebenso wie die Rechtsprechung hält auch die Literatur mit Rücksicht auf die gegenwärtige gesetzliche Lage nur den medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch für erlaubt.

Hazewinkel-Suringa sagt, daß eine Ausdehnung der medizinischen auf die soziale Indikation dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, insbesondere des Gesetzgebers von 1911,

1) Rb Amsterdam, Urt.v. 20.1.1949, NJ 1949, Nr.596

2) Rb Amsterdam, Urt.v. 26.3.1953, NJ 1953, Nr.377

der den Art. 251 bis Sr geschaffen hat,¹⁾ zuwiderlaufe.²⁾ Zur Verhinderung eines Chaos habe der Gesetzgeber eine solche Ausdehnung gerade nicht gewollt. Der soziale Konflikt, der durch eine Schwangerschaft, d.h. durch eine Geburt entstehen kann, sei heute wie damals in gleicher Weise möglich - im Gegenteil, die Belastung war damals eher noch größer, da man nicht von dem heutigen Entwicklungsstand des Sozialstaats ausgehen darf. Deshalb dürfe man den Gesetzgeber, der hier bewußt Grenzen geschaffen hat, nicht einfach übergehen.

Um die Mißstände in den Griff zu bekommen oder - wie es Hazewinkel-Suringa ausdrückt - nicht "wieder in frühere Stricknadelmethoden" zu verfallen, müsse der Gesetzgeber so wie in anderen europäischen Ländern tätig werden.³⁾

In gleicher Weise wie Hazewinkel-Suringa äußert sich Rimmelink.⁴⁾ Auch er hält "nach der Figur des heutigen Rechts" nur den medizinisch indizierten (therapeutischen) Eingriff für erlaubt. Ganz stark wendet er sich gegen die sogenannte "Fristenlösung", nach der eine Abtreibung für eine bestimmte Zeit nach der Befruchtung der Eizelle ohne Prüfung irgendeiner Notlagenindikation erlaubt sein soll, sofern sie lege artis vorgenommen wird.⁵⁾ Ganz abgesehen davon, daß nicht einzusehen ist, warum das menschliche Leben in den ersten Monaten weniger schutzwürdig ist (wer soll bestimmen, wo die "Grenze" verläuft?), sieht Rimmelink hier zu Recht auch eine Gefahr, sich mit dieser "Grenze" immer weiter vorzuwagen, weil gerade die Technik mit ihrer Entwicklung, die eine Abtreibung ohne Gefährdung für die Mutter zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt einmal ermöglichen könnte, dazu verleitet. Auch würden die Ärzte mit diesem "Freiheitsraum" überlastet.

Rimmelink erwähnt neben der sozialen auch noch die ethische und eugenische Indikation. Bei den Fällen, in denen sehr

1) s.O. 1, S.325 ff

2) Hazewinkel-Suringa, Inleiding, S.330

3) aaO S.331

4) Rimmelink, Art.251 bis, Anm.3, S.777, 778

5) aaO S.777 FN 1

junge Frauen durch Inzest oder durch Vergewaltigung schwanger geworden sind, hält er unter ethischen Gesichtspunkten einen Schwangerschaftsabbruch für erlaubt (ethische Indikation). Auch die eugenische Indikation, wenn z.B. die Mutter an Röteln zu Beginn ihrer Schwangerschaft erkrankt war und deshalb beim Kind schwere körperliche und geistige Schäden aufgetreten sind, möchte Rummelink als eine weitere Form der Indikation zulassen.

Mehr scherzhaft führt Rummelink zuletzt noch die "kosmetische Indikation" an, wenn z.B. einer attraktiven Künstlerin durch die Schwangerschaft der Verlust ihrer Figur droht. Ein solcher Fall sei natürlich nicht ernst zu nehmen!

Van Bemmelen zitiert ebenfalls die h.M., welche die Abtreibung nur aus medizinischen Gründen zuläßt.¹⁾ Van Hattum²⁾ und Pompe³⁾ nennen überhaupt nur den Fall, daß das Leben der Mutter nur durch Tötung der Leibesfrucht gerettet werden kann. Die ältere Literatur seit Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs von 1886 hat die "nicht medizinischen Indikationen" gar nicht erwähnt⁴⁾ oder lapidar abgelehnt. Simons lehnte jede Indikation ab; der Arzt könne sich nicht auf overmacht berufen, weil er einem Eingriffszwang nicht ausgesetzt sei. Er könne ebenso gut die Leibesfrucht am Leben erhalten. Auch auf das ärztliche Berufsrecht könne er sich nicht berufen, da es in seinen Ausmaßen zu unbestimmt sei.⁵⁾

cc) Die Praxis

So eindeutig Rechtsprechung und Literatur in den Niederlanden bis heute gegen die soziale Indikation Stellung genommen haben, so konträr verhält sich dazu die Praxis. Im Gegensatz zu den deutschen, dem Legalitätsprinzip unterliegenden Staatsanwaltschaften ist die Verfolgung von

1) van Bemmelen, Leerboek II, S.209 f; derselbe, Ons Strafrecht, Nr.58, S.229

2) van Hattum, Handboek I, S.371

3) Pompe, Handboek, S.113

4) Noyon, (1.Aufl.) Art.297, Anm.3 S.78; van Hamel, Inleiding S.255; Vos, S.176; Zevenbergen, S.126

5) Simons, Lehrbuch I, S.298 f; Lehrb.II, S.18; gegen ihn Zevenbergen, S.126

Straftaten in den Niederlanden von den Opportunitätserwägungen der Anklagebehörden abhängig. Es bleibt der niederländischen Staatsanwaltschaft im Allgemeinen überlassen, wann sie Anklage erhebt und wann nicht; sie kann sich dabei von allgemeinen öffentlichen Interessen leiten lassen.¹⁾

Rechtsgrundlage des niederländischen Opportunitätsprinzips sind Art. 167 und 242 Sv. Rechtlich zweifelhafte Fälle werden grundsätzlich nicht angeklagt. Fälle von Schwangerschaftsabbrüchen auf Grund sozialer Indikationen werden in der Regel nicht (mehr) angeklagt. Man vermeidet dadurch das Wachrufen unerwünschter Emotionen und die Stellungnahme zu zweifelhaften Fällen.²⁾ Im Jahre 1971 verordneten die Generalstaatsanwälte, daß im Einvernehmen mit den Gesundheitsbehörden Abtreibungen grundsätzlich nicht verfolgt werden sollen.³⁾ Die Entscheidung über die Strafverfolgung liegt hier somit ganz in der Hand der Exekutivgewalt.⁴⁾

Nur so ist es zu erklären, daß in den Niederlanden Abtreibungen de facto straflos vorgenommen werden können, sofern sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen. Seit dem Jahre 1971/72 entstanden rasch besondere "Abtreibungskliniken", in denen Abtreibungen auf Grund sozialer Indikationen "am laufenden Band"⁵⁾ vorgenommen werden. In diesen Kliniken werden Schwangerschaften bis zur 12. Woche behandelt.⁵⁾ Eine solche Klinik wurde z.B. von der Stiftung "voor Medisch verantwoorde Zwangerschapsonderbreking" (Stimezo) eingerichtet. Schwangerschaftsabbrüche zu späteren Zeitpunkten werden in allgemeinen Krankenhäusern vorgenommen.⁶⁾ Ketting weist darauf hin, daß die Praxis der

-
- 1) van Bemmelen, Strafprocedure, S.128, 94,95; Blok-Besier, Strafproces, S.477, 72
 - 2) van Bemmelen, Ons Strafrecht, Nr.58, S.229
 - 3) vergl. Rammelink, Art.251 bis, Anm.3, S.773; Antwort des Ministers van Agt auf die Anfragen des Abg. Jongeling, Sitzungen der zweiten Kammer, Handelingen Anh. 1973/74, Nr.1180 und 1974/75, S.1020
 - 4) diese ständige Praxis führt natürlich zu einer starken Selbstbindung des Ermessens bei der Anklagebehörde
 - 5) Rammelink, aaO S.774
 - 6) Rammelink, aaO; Sitzungen der zweiten Kammer, Handelingen 1974/75, S.1020,1023; vergl. Hof v. Amsterdam, Urt. v. 10.1.1975, NJ 1975, Nr.45 (Bloemehove-Klinik in Haarlem)

Schwangerschaftsabbrüche in den Niederlanden einen Verlauf genommen hat, der mit keinem anderen Land vergleichbar ist.¹⁾ Die Auslegung der Abtreibungsvorschriften von 1886 und 1911 ist inzwischen von den Staatsanwaltschaften den Ärzten überlassen worden. So hat sich - mit den Worten Kettings - eine "natürliche" Abtreibungspraxis entwickeln können.

Diese von Ketting¹⁾ begrüßte Entwicklung kann allerdings nicht gut geheißt werden. Das Problem von Schwangerschaftsabbrüchen ist kein rein medizinisches. Das zeigt sich bereits an den verschiedenen Möglichkeiten von Indikationen. Die Entscheidung darüber, ob ein werdendes Menschenleben vernichtet werden darf, kann nicht alleine dem ohnehin an den hippokratischen Eid gebundenen Arzt überlassen bleiben. Er ist mit den über die medizinischen Feststellungen hinausgehenden Beurteilungen überfordert. Das m i n d e s t e Erfordernis ist m.E. eine Beraterstelle i.S.v. § 218 b Abs.2 StGB, bei der der Konflikt der Schwangeren gründlich besprochen werden muß. In den Reformvorschlägen ist zum Teil auch eine solche Beratung vorgesehen (s.u. b, S.338 ff).

b) De lege ferenda

Der augenblickliche gesetzliche Zustand hat inzwischen einige Änderungsvorschläge innerhalb und außerhalb legislativer Ebene hervorgebracht. Zu einer Änderung ist es bis jetzt allerdings nicht gekommen.²⁾

(1) Enschedé machte den Vorschlag, von dem Zweck des Eingriffs völlig abzusehen.³⁾ Man sollte von der medizinischen Indikation ganz abgehen und den Eingriff lediglich der Kunst des Arztes überlassen. Die Auffassungen in der Gesellschaft tendierten immer mehr in Richtung einer großzügigen, nur durch die Regeln der ärztlichen Kunst begrenzten Handhabung des Schwangerschaftsabbruchs. Deshalb sei eine entsprechende Gesetzesänderung angezeigt. Der Arzt dürfe außerdem kein maßloses Honorar verlangen. En-

1) Ketting, MGV 1979, 187 ff (190); R Emmelink, aaO S.777 erwägt die Einführung einer prozessualen Nichtverfolgbarkeitsvorschrift, womit die Praxis gestärkt wird

2) näher Schaffmeister, aaO S.44, 45 FN 197, 198

3) Enschedé, NJB 1970, S.718 ff

schedé gelangt so zu einer Fristenlösung, die bis zum 6. Monat der Schwangerschaft straffrei sein soll.¹⁾

(2) Einen im gleichen Sinne lautenden Vorschlag reichten im gleichen Jahr (1970) die sozialdemokratischen Abgeordneten Lamberts und Roethof (PvdA) beim Parlament ein.²⁾

Nach diesem "Initiativ-Entwurf" sollte die Strafbarkeit der Abtreibung abgeschafft werden, sofern sie durch Ärzte vorgenommen wird. Die Abtreibung sollte damit zu einer Angelegenheit zwischen der schwangeren Frau und ihrem Arzt werden. Auch hier handelt es sich um eine reine Fristenlösung.

Mit Blick auf die Entscheidung des amerikanischen Supreme Court vom 22. Januar 1973³⁾, nach der während der ersten drei Monate der Schwangerschaft das Selbstbestimmungsrecht der Mutter Vorrang vor dem Leben der Leibesfrucht genießen soll, sieht R Emmelink sich auch in den Niederlanden eine entsprechende Vorstellung einer dreimonatigen Straffreiheitsfrist abzeichnen.⁴⁾ Mit Recht bemängelt er an den Fristenlösungsvorschlägen, daß mit Rücksicht auf die menschliche Fehlbarkeit und Schwäche durch die Abwälzung der Entscheidung ausschließlich auf den Arzt dem Lebensschutz nicht ausreichend gedient ist. Zudem verdient m.E. das ungeborene Leben von A n f a n g an den gleichen Schutz wie das geborene Leben; er darf daher nicht durch bestimmte Fristen relativiert werden. Im Zusammenhang mit der Fristenlösung zitieren van Bemmelen⁵⁾ und R Emmelink⁴⁾ eine Äußerung von Havelock Ellis: "This (erg. abortion) is a personal question with which the law is not entitled to

1) Enschedé, NJB 1970, S.718 ff (721); ebenso Frenkel, Medisch Contact 1970, S.807 ff; vergl. auch Medisch Contact, 1.Oktober 1971: die Gesellschaft "Geneeskunst" schlug im Jahre 1971 die Gleichstellung der sozialen mit der medizinischen Indikation vor. Dabei schlug sie vor, eine Abtreibung erst nach Beschluß zweier Ärzte (in der Regel der Hausarzt und ein Frauenarzt) zu genehmigen, wobei notfalls noch ein anderer Sachverständiger heranzuziehen sei. Außerdem müsse über jeden Eingriff ein Protokoll angefertigt und zudem die Aufklärung über Schwangerschaftsverhütung vorangetrieben werden.

2) Parlamentsdrucksache Nr. 10719 (25.5.1970)

3) vergl. R Emmelink, aaO S.774 FN 2

4) R Emmelink, aaO S.773 FN 1

5) van Bemmelen, Leerboek II, S.209

interfere. If inadvisable it is for the doctor and not for the policeman to offer an opinion,"¹⁾ gegen die Remmelink ein anderes treffendes Zitat von T. Szuzasz anführt: "To be sure, the procedure is surgical; but this makes abortion no more a medical problem than the use of the electric chair makes capital punishment a problem of electric engineering."²⁾ ³⁾

(3) Nach einem Zwischenbericht der "Commissie abortusvraagstuk" unter der Leitung von Kloosterman vom 5. März 1971 ist von den Ministern Stuyt und van Agt am 23. Juni 1972 beim Parlament ein neuer Entwurf eingebracht worden,⁴⁾ der allerdings nach Absprache mit dem Kabinett den Uyl im April 1973 wieder zurückgenommen wurde.⁵⁾ Der Entwurf sah bei grundsätzlicher Strafbarkeit der Abtreibung eine Indikationen-Regelung vor, die neben der medizinischen auch die soziale Indikation als Rechtfertigung für die Abtreibung erwähnte. Voraussetzung war, daß die Fortsetzung der Schwangerschaft für die Mutter eine ernsthafte Bedrohung ihres körperlichen oder geistigen Wohlbefindens zur Folge hätte. Eine weitere Bedingung war, daß die zu berücksichtigenden Interessen der Frau mehr ins Gewicht fallen als die der ungeborenen Frucht, und zwar während der Zeit der Schwangerschaft.

(4) Die christdemokratischen Abgeordneten van Schaik und van Leeuwen (KVP-AR) reichten am 23. Januar 1975 beim Parlament einen weiteren Entwurf ein.⁶⁾ Nach diesem sollte der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich strafbar bleiben. Erlaubt sein sollte die Abtreibung jedoch, wenn sie durch einen Arzt erfolgt und der körperliche oder geistige Zustand der Frau durch die Schwangerschaft ernsthaft bedroht ist. Zu entscheiden habe der Arzt. Über das Gesundheitswesen müsse die Staatsaufsicht wachen. Abtreibungen dürfen nur

1) Psychology of Sex, S.49,50

2) zitiert nach Remmelink, der seinerseits Moni van Look zitiert, Tijdschrift v. Privaatrecht 1974, S.423

3) zu dem sozialdemokratischen Entwurf vergl. van Bemmelen, NJB 1970, S.997 ff

4) Parlamentsdrucksache Nr. 11890

5) Parlamentsdrucksache Nr. 11890 Nr.6

6) Parlamentsdrucksache Nr. 13253

in anerkannten Einrichtungen vorgenommen werden. Außerdem müssen die Eingriffe registriert werden.

(5) Im gleichen Jahr brachten die Abgeordneten Veder-Smit und Geurtsen der liberalen Partei (VVD) am 12. Februar 1975 ebenfalls einen eigenen Entwurf ein.¹⁾ Hier wurde vorgeschlagen, den Schwangerschaftsabbruch in einem gesonderten Titel (XIX A) des Strafgesetzbuchs zu regeln und die Artt. 295 - 298 Sr im XIX. Titel zu streichen. Die Abtreibung sollte nach den neuen Vorschriften in anerkannten Kliniken zulässig sein, sofern sie von Ärzten ausgeführt wird. Es sollten außerdem verschiedene Beratungsstellen eingerichtet werden. Die Entscheidung über die Abtreibung sollte die Frau nach einem gründlichen Gespräch mit dem Arzt treffen. Unzulässig sollte nach diesem Entwurf der Schwangerschaftsabbruch nur dann sein, wenn vernünftigerweise damit gerechnet werden muß, daß zum Zeitpunkt des Eingriffs die Leibesfrucht bereits lebensfähig ist (sicherlich ab 7. Schwangerschaftsmonat).

(6) Am 6. Mai 1976 wurde der Entwurf der liberalen und der sozialdemokratischen Abgeordneten zurückgenommen²⁾ und dafür ein neuer sozial-liberaler Entwurf, der von liberalen und sozialdemokratischen Abgeordneten gemeinsam ausgearbeitet war, eingebracht.³⁾ Er sah eine Neufassung der Abtreibungsvorschriften vor und stellte nur noch die Fremdartreibung durch einen Nicht-Arzt unter Strafe. Die von Ärzten vorzunehmenden Schwangerschaftsabbrüche sollten in einem besonderen Gesetz geregelt werden, das die Ärzte an bestimmte Formalitäten binden und sie unter eine Aufsichtskommission als Kontrollorgan stellen sollte. Die Nichteinhaltung der Formvorschriften war als Vergehen mit Geldstrafe zu ahnden.⁴⁾

In der zweiten Kammer (Parlament) entschied sich am 29. September 1976 zwar eine Mehrheit für diesen Entwurf, worauf der Entwurf der Christdemokraten eingezogen wurde.⁵⁾

1) Parlamentsdrucksache Nr. 13302

2) Parlamentsdrucksache Nr. 13909 Nr.1 ff

3) Parlamentsdrucksache Nr. 10719 Nr.10 und 13302 Nr.10

4) Parlamentsdrucksache Nr. 13909, erste Kammer, Sitzungen 1976-1977, Nr.6

5) Sitzungen der zweiten Kammer, Handelingen 1976/77, S.215

Doch stimmte am 14. Dezember 1976 die erste Kammer gegen diesen Entwurf, so daß er nicht zum Gesetz wurde.

(7) Danach ist längere Zeit nichts mehr geschehen. Erst am 15. Februar 1979 ist wieder ein neuer Entwurf durch die Minister Ginjaar (VVD) und de Ruiter (CDA) eingebracht worden.¹⁾ Ähnlich wie der vorangegangene Entwurf sieht er eine Neuregelung der Abtreibungsvorschriften vor. Art.251 bis Sr soll entfallen, ebenso die Artt. 295 - 298 Sr. Nach Art. 295 Sr soll ein neuer Titel XIX A "Schwangerschaftsabbruch", beginnend mit Art. 296 Sr in das Strafgesetzbuch eingefügt werden. Der Entwurf erklärt nur noch die Fremdadtreibung für grundsätzlich strafbar (Art.296 Abs.1 bis Abs.4). Die Fremdadtreibung nach diesem Entwurf ist jedoch unter folgenden Voraussetzungen nicht strafbar, a) wenn sie durch einen Arzt vorgenommen wird und b) die Abtreibung in einer hierfür anerkannten Klinik statt findet.

Weiter wird verlangt, daß

- c) der Eingriff vom Arzt mit Sorgfalt geprüft und danach ausgeführt wird, wobei die Frau möglichst über andere Lösungen zu informieren ist; ihre Entscheidung soll frei erfolgen, und
- d) daß der Arzt die Verantwortung der Frau für sich und das ungeborene Leben genügend bedenkt und die Frau ausreichend über die Möglichkeit von Empfängnisverhütung informiert.

Nach Art.3 dieses Entwurfs darf eine Schwangerschaft erst nach einer fünf-tägigen Bedenkzeit nach Aufsuchung des beratenden Arztes abgebrochen werden. Bis zu einer Dauer von 13 Wochen darf eine Schwangerschaft in besonderen Abtreibungskliniken, danach nur noch in allgemeinen Krankenhäusern vorgenommen werden. Über die Schwangerschaftsabbrüche sind regelmäßig schriftliche Berichte anzufertigen.

Neu an diesem Entwurf ist die Karenzzeit von 5 Tagen nach der ärztlichen Konsultation. Im übrigen entspricht der Entwurf weitgehend der heutigen Praxis.²⁾ Er enthält eine versteckte Indikationenlösung: nur noch der Arzt entschei-

1) Parlamentsdrucksache Nr. 15475 Nr.2

2) s.o. a (3) cc, S.335 ff

det, ob die Indikation vorliegt.¹⁾

Da nur noch die Fremdbabtreibung strafbar sein soll, müßte in Art. 5.2.b des Entwurfs richtigerweise von der Verantwortung des A r z t e s , nicht aber (allein) der Frau gegenüber dem ungeborenen Leben die Rede sein.

An der 5-Tageskarenz, die sich eher als eine lästige Wartezeit entwickeln wird, bemängelt Ketting zu Recht, daß, wie die bisherige Praxis in den Niederlanden zeigt, die schwangeren Frauen nicht erst ihren Hausarzt sondern gleich die Klinik aufsuchen, dann aber das notwendige Gespräch nicht mit dem Vertrauensarzt sondern mit einem bis dahin ihnen unbekannten Gynäkologen führen.²⁾ Es müßten hier m.E. besondere Beratungsstellen eingerichtet werden, die z.B. den Abtreibungskliniken organisatorisch angeschlossen sein können.

Nicht gefolgt werden kann Ketting aber in seiner grundlegenden Ablehnung gegen die Notlagenprüfung durch den Arzt.³⁾ Wenn er den Wortlaut in Art. 5.2.b wegen seiner "bombastischen Rhetorik" und "Aufgeblasenheit" tadelt, so kann diese zugegebenermaßen umständliche Ausdrucksweise gesetzest e c h n i s c h auf eine einfachere Formel gebracht werden. Ganz abgesehen davon, daß hier eine ausschließliche Zuständigkeit des Arztes ohnehin abzulehnen ist,¹⁾ kann jedoch auf die Indikationenprüfung keinesfalls verzichtet werden. Der Gesetzgeber muß die Indikation ausführen. Es kann und darf niemals genügen, daß die Frau, die sich zum Arzt begibt, "ihre" Entscheidung bereits alleine getroffen hat, mag diese auch noch so "realistisch"⁴⁾ sein. Da der Arzt den Eingriff vornimmt, m u ß e r die Indikation feststellen. Der Arzt übt bei einer Abtreibung eben nicht nur eine Hilfeleistung aus, wie Ketting meint, sondern er hat auch eine Kontrollfunktion über das ungeborene Leben, die um so größer ist, wenn nur e r darüber zu entscheiden hat. Zu Unrecht beklagt Ketting auch, daß durch die Pflicht

1) s.o. a (3) cc, S.337

2) Ketting, MGv 1979, 187 ff (195)

3) Ketting, aaO S.194, 196

4) Ketting, aaO S.196

des Arztes, die Notlagenindikation festzustellen, und die Frau gegebenenfalls auf andere Lösungswege hinzuweisen, die Frau in eine "Verteidigungsposition" gedrängt wird, aus der sie das Verwerfliche ihres eigentlichen Vorhabens rechtfertigen muß.¹⁾ Sie begeben sich dann in die psychologische Haltung: "wenn ich meine Zweifel anmerken lasse, erreiche ich möglicherweise nicht die Abtreibung." Die Abtreibung ist eben kein alltäglicher, wertneutraler Vorgang, sondern sie bedeutet Tötung fremden ungeborenen Lebens. Es ist gerade richtig, wenn die abtreibungswillige Frau in eine Defensivrolle fällt: bei vorliegender Indikation befindet sie sich eben in einem Not-stand. Die Abtreibung darf stets nur der letzte Ausweg sein, wenn gar keine anderen Möglichkeiten mehr bestehen.

Es zeigt sich am Ende dieses Abschnittes noch einmal, daß es besser ist, das Problem der erlaubten Abtreibung unter dem Gesichtspunkt des *N o t s t a n d e s* und nicht des ärztlichen Berufsrechts zu behandeln. Der Eingriff in das ungeborene Leben erfolgt auf Grund einer Notlage, nicht auf Grund eines Krankheitssyndroms. Es wundert deshalb auch nicht, daß in den Niederlanden die Entscheidung über "Sein oder Nichtsein" des werdenden Lebens praktisch ganz in die Hand der Ärzte gefallen ist, während sich Legislative, Exekutive und Judikative als die eigentlichen Garanten über den Erhalt der Rechtsordnung das Zepter aus der Hand haben schlagen lassen. Sicherlich deckt sich das ärztliche Berufsrecht sachlich mit dem allgemeinen Notstandsrecht; die Kompetenzen sind hier jedoch nicht richtig verteilt.

Folglich kann es auch nicht genügen, daß *n u r* die Einwilligung der Mutter nach der ärztlichen Konsultation vorzuliegen braucht. Es geht nicht lediglich um einen ärztlichen Heileingriff, zu dessen Rechtmäßigkeit die Zustimmung des Patienten (z.B. nach §226 a StGB) genügt. Die Selbstbestimmung endet an der Tatsache, daß über ein fremdes Leben

1) Ketting, aaO S.196

zu entscheiden ist, woran das bloße Einigsein zwischen Arzt und Frau nicht vorbeigehen kann.¹⁾

1) Dies wird m.E. von LG München I, NJW 1980, 646 nicht genügend berücksichtigt; ebenso nicht von Tempel, NJW 1980, 609 ff (614 f). Das Gericht verlangt glücklicherweise für den Schwangerschaftsabbruch bei einer minderjährigen Tochter die Zustimmung der Eltern zu dem Abschluß des ärztlichen Behandlungsvertrages. Dem Gericht sowie Tempel kann jedoch nicht gefolgt werden, daß für den Eingriff als solchen die Zustimmung nicht erforderlich sein soll. Es mag sein, daß die Zustimmung des Patienten zur Vornahme des Heileingriffs nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern als die Gestattung zur Vornahme einer tatsächlichen Handlung, auf die §§107 ff BGB nicht unmittelbar anzuwenden sind, anzusehen ist. Voraussetzung soll nur sein, daß die Minderjährige die Tragweite ihrer Entscheidung zu erfassen vermag. Dies mag für den gewöhnlichen ärztlichen Heileingriff richtig sein. Bei der Abtreibung hingegen geht es nicht nur um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der (minderjährigen) Frau, sondern wesentlich weiter um den Eingriff in ein fremdes Leben. Die minderjährige Frau, die nach Ansicht des Gerichts (zu Recht) einen ärztlichen Behandlungsvertrag zur Vornahme einer Abtreibung ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nicht abschließen kann, kann doch dann erst recht nicht über so ein wichtiges Gut wie ein fremdes Leben eigenverantwortlich entscheiden. Daran kann m.E. auch nichts ändern, daß sich der Gesetzgeber zu einer ursprünglich geplanten Sonderregelung nicht hat entschließen können; vergl. Tempel, aaO S.615 m.w.N.

Statistik über die Abtreibungen in der Bundesrepublik Deutschland¹⁾

Jahr	sämtliche gemeldete Abtreibungen	Schwangerschaftsabbrüche auf 1.000 Lebend- u. Totgeburten	- davon -				ethische Indik.	soziale Indikation
			allgem. medizinische Indikation	psychiatri-sche Indikation	eugensche Indik.			
1978	73.500	127 (=12,7%)	23%	5%	4%		0,1%	67%
1979	82.788	149 (=14,9%)	21%	3%	3%		0,1%	72%

1) Mitteilung des Statistischen Bundesamtes in NJW 1979, Heft 38, S. IV

Statistik über die Abtreibungen in den Niederlanden¹⁾

Jahr	sämtliche erfaßte Abtreibungen	gemessen an 100 Lebendgeburten (= %)	sämtliche Lebendgeburten
1972	21.000	9,8	214.113
1973	20.000	10,25	194.993
1974	17.000	9,13	185.982
1975	15.000	8,43	177.876
1976	15.000	8,47	177.090
1977	17.500	10,1	173.106

Eine besondere Indikationen-Feststellung konnte ich nicht ausfindig machen. Auffallend ist der leichte Rückgang der Abtreibungen in den Jahren 1974 bis 1976 und der plötzliche Anstieg im Jahre 1977 (etwa Stand 1974). Der Durchschnitt für den Zeitraum 1972 bis 1977 der vorgenommenen Abtreibungen gezählt an sämtlichen Lebendgeburten beträgt 9,41%.

¹⁾ entnommen aus Parlamentsdrucksache Nr. 15475 Nr.3, S.13; vergl. auch die Statistiken über die anderen europäischen Länder, Parlamentsdrucksache Nr. 15475 Nr.4, S.37 ff

Schlußbemerkung.

Der Vergleich der modernen niederländischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung zum Notstand läßt einen Unterschied zum deutschen Recht praktisch nicht erkennen. Der einzige Unterschied besteht im Wortlaut der Gesetze. Der deutsche Gesetzgeber von 1975 hat unter die viele Jahre voausgegangene dogmatische Diskussion über den Notstand einen Schlußstrich gesetzt, indem er die zuletzt herrschende Lehre der Wissenschaft ins Gesetz aufgenommen hat. Darüber hinaus hat er den besonderen Notstand beim Schwangerschaftsabbruch gesondert geregelt. Einen entsprechenden Schritt hat der niederländische Gesetzgeber bis jetzt nicht unternommen. Hier war es - nach anfänglichem Zögern - zu einem erheblichen Teil die Rechtsprechung, welche die maßgeblichen Richtlinien bestimmt hat; es bedurfte keines gesetzgeberischen Anstoßes. Dabei darf natürlich auch der Einfluß der Literatur auf die niederländische Rechtsprechung nicht übersehen werden. Die Literatur hat ihrerseits ebenso einen wesentlichen Anteil an der Entwicklung des Notstandsbegriffs aufzuweisen.¹⁾ So hätte sich der HR z.B. bei der Optiker-Entscheidung²⁾ bereits auf Noyon und van Hamel³⁾ berufen können.⁴⁾ Nicht zu vergessen ist auch der Einfluß der Literatur auf die Praxis der Staatsanwaltschaften. Dies zeigt gerade deren Einstellungspraxis nach dem Opportunitätsprinzip in rechtlich problematischen Fällen.⁵⁾ Hier steht der Anklagebehörde zuerst die Literatur zur Verfügung. Die zahlenmäßig dürftige Rechtsprechung zum Notstand dürfte sich daraus erklären, daß die Anklagebehörden Verfahren selber einstellen, wenn ihnen ein Rechtsstreit um zweifelhafte Fragen nicht sinnvoll erscheint. Aber in Deutschland war es auch nicht nur der Gesetzgeber, der den Richtern den Weg gewiesen hat. War es nicht das Reichsgericht mit seiner grundlegenden Entscheidung über den medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch seit RGSt 61, 242, das dem übergesetzlichen Notstand Leben verliehen und der Praxis damit die notwendigen Richtlinien längst vor dem Tätigwerden des Gesetzgebers in die Hand gelegt hat?

1) s.o. VI, S.250 ff

2) s.o. IV, S.207 ff

3) s.o. VI, 2 a und 3 a, S.256 ff und S.295 ff

4) Quellenangaben sind nicht üblich

5) s.o. VIII 3 a (3) cc, S.335 ff

Der niederländische Gesetzgeber hat sich nicht dazu durchringen können, den Notstand als Rechtfertigungsgrund im Gesetz aufzunehmen, wie sich bereits aus der MvT zeigt. Ähnlich verhält es sich mit dem französischen Gesetzgeber, weshalb es nicht verwundert, daß Art. 40 Sr mehr dem Art. 64 CP als dem § 54 RStGB oder gar den §§ 34, 35 StGB 1975 gleicht. Man befürchtete allgemein, mit einem derartigen gesetzgeberischen "Freipaß" zu viele Verbrechen unbestraft passieren zu lassen. Auch der deutsche Gesetzgeber hatte immerhin bis 1975 keine Vorschrift für den rechtfertigenden Notstand im Strafgesetzbuch erlassen.

Die Niederländer haben in Art. 40 Sr mit dem "einfachen" Begriff "overmacht" dem Richter einen wesentlich größeren Beurteilungsspielraum eingeräumt, als dies in jener Zeit der deutsche Gesetzgeber in § 54 RStGB getan hat. Wenn der overmachts-Begriff zunächst noch enger ausgelegt worden war als vergleichsweise der Notstand in § 54 RStGB, so lag das daran, daß die overmacht nur als ein unwiderstehlicher Zwang im Sinne der contrainte morale aufgefaßt worden war. Doch beweist die moderne Rechtsprechung und Literatur, daß eine weitere, den Zeitbedürfnissen entsprechende Auslegung möglich ist. Es entsprach und entspricht noch heute dem Geiste niederländischer Gesetzgebung, sich auf eine möglichst knappe Formulierung zu beschränken und dem Richter damit einen großen Entscheidungsspielraum zu belassen.¹⁾ Das zeigt sich am deutlichsten an der Bemessung des Strafrahmens bei den einzelnen Tatbeständen, der nach unten nur generell begrenzt ist. Das größere Vertrauen liegt in den Niederlanden in der Justiz,¹⁾ in Deutschland beim Gesetzgeber.²⁾

Man wird nun nicht sagen können, daß der eine oder der andere Weg der "bessere" sei. Die Geschichte in beiden Rechtskreisen zeigt, daß der heutige Notstandsbegriff in den Niederlanden in besonderer Weise von der Rechtsprechung³⁾, in Deutschland dagegen von den Philosophen geprägt worden ist. Dem entspricht auf der einen Seite die pragmatisch einfache Lösung,

1) Schaffmeister, Das niederl. Strafgesetzbuch, S.17

2) vergl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.204 ff

3) vergl. jedoch oben S.347

auf der anderen Seite der dogmatisch durchdachte Weg; aber beide erreichen das "Ziel"! A u s t r a f r e c h t l i - c h e r Sicht wäre daher die Schaffung des rechtfertigenden Notstandes im Gesetz (§34) in Deutschland nicht "notwendig" gewesen.¹⁾ Umgekehrt wäre eine entsprechende Vorschrift in den Niederlanden nicht "falsch".

In Deutschland ist der Ruf nach Kodifizierung des rechtfertigenden Notstandes vor allem bei den Praktikern laut geworden. Bei der ständigen Bevölkerungszunahme und Konflikthäufung könne der Gesetzgeber mit mehr Ruhe als der Richter entscheiden.²⁾ Der Gesetzgeber brauchte sich bei der Kodifizierung nur auf die Rechtswissenschaft zu stützen. Maßgeblich für die Kodifizierung waren jedoch r e c h t s - s t a a t l i c h e Gesichtspunkte.³⁾ Das Gebot der Rechtssicherheit erfordert eine genaue und gründliche Gesetzgebung. Hinzu kommt, daß beim rechtfertigenden Notstand in G r u n d r e c h t e eingegriffen werden kann (z.B. Art. 13 oder 14 GG), was der Betroffene dulden muß (vergl. z.B. § 904 BGB). Ein Eingriff in diese Rechte kann aber vielfach nur durch ein oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen (z.B. Art. 14 Abs.3 Satz 2 GG).⁴⁾ Da die Vorschriften des zivilrechtlichen Notstandes oder einige Sondervorschriften nicht überall Anwendung finden, ist mit dem übergesetzlichen Notstand so dem von der Verfassung gebotenen Gesetzlichkeitsprinzip nicht genügt. Dies liegt vor allem beim medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch auf der Hand, wo inzwischen eine Regelung ja getroffen worden ist.

Wenn auch eine Drittwirkung von Grundrechten nur beschränkt durchgeführt ist, und somit die verfassungsrechtlichen Fragen zunächst nur bei Eingriffen des S t a a t e s auftreten, wenn er im Notstand handelt, so erfordert doch der

1) Lenckner, aaO S.207 ff

2) Dünnebier, Niederschriften, Bd.12, S.168

3) vergl. Lenckner, aaO S.209 ff

4) aus diesem Grunde kann OLG München NJW 1972, 2275 nicht gefolgt werden; s.o. Teil 2 V,2 S.98 FN 6. Die Räume durften nur auf Grund der Vorschriften der Strafprozeßordnung, nicht aber eines übergesetzlichen Notstands betreten werden; ebenso Jescheck, LB §33 IV,3 S.292

Anspruch der Bürger auf Schutz durch den Staat einen ausreichenden Schutz vor Angriffen Dritter.^{1) 2)} Deshalb muß der Bürger genauso vor Eingriffen des Staates wie vor Eingriffen anderer Bürger sicher sein, d.h. der Gesetzgeber muß auch die Ausnahmerechte (Notstand) für die Bürger untereinander genau bestimmen. Insbesondere das ungeborene Leben bedarf eines besonderen Schutzes, so daß es die gleichen Grundrechte wie das geborene Leben genießt.³⁾ Es ist daher zu begrüßen, daß der deutsche Gesetzgeber über §§ 34, 35 StGB hinaus den erlaubten Schwangerschaftsabbruch in §§ 218 ff StGB gesondert geregelt hat, wenn auch nach Ansicht des Verfassers der "Freigabe" der sozialen Indikation nicht zugestimmt werden kann.⁴⁾ Durch die Kodifizierung wird der potentielle Eingriff "nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ..., so daß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden."⁵⁾

In den Niederlanden mag die verfassungsrechtliche Seite anders aussehen. So mag eine gesetzliche Vorschrift für den "noodtoestand" entbehrlich sein. Auch das Zivilrecht begnügt sich mit einer overmachts-Vorschrift.⁶⁾

Beim erlaubten Schwangerschaftsabbruch hingegen ist m.E. dringend eine gesetzliche Regelung erforderlich. Der augenblickliche Zustand ist jedenfalls unerträglich, da der Schutz des ungeborenen Lebens inzwischen ganz von den Ärzten und den Opportunitätserwägungen der Staatsanwälte bei der Entscheidung über Einstellung oder Verfolgung der Straftat abhängt. Der Bürger muß die Sicherheit haben, daß der Staat Rechtsgüter von wesentlicher Bedeutung wie das Leben geborener und ungeborener Menschen in einer ganz bestimmten

1) Lenckner, aaO S.217

2) zur Frage, ob sich der Staat auf §34 StGB berufen kann, vergl. Amelung NJW 1978,623; Böckenförde, NJW 1978,1883; Schwabe NJW 1977,1902; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB §34. Rdnr.7; BVerfG NJW 1977,2157; BGHSt 27,260; OLG Frankfurt NJW 1977,2177

3) BVerfGE 39,1 ff; vergl. Lenckner, aaO S.218 ff; ferner z.B. §1923 Abs.2 BGB

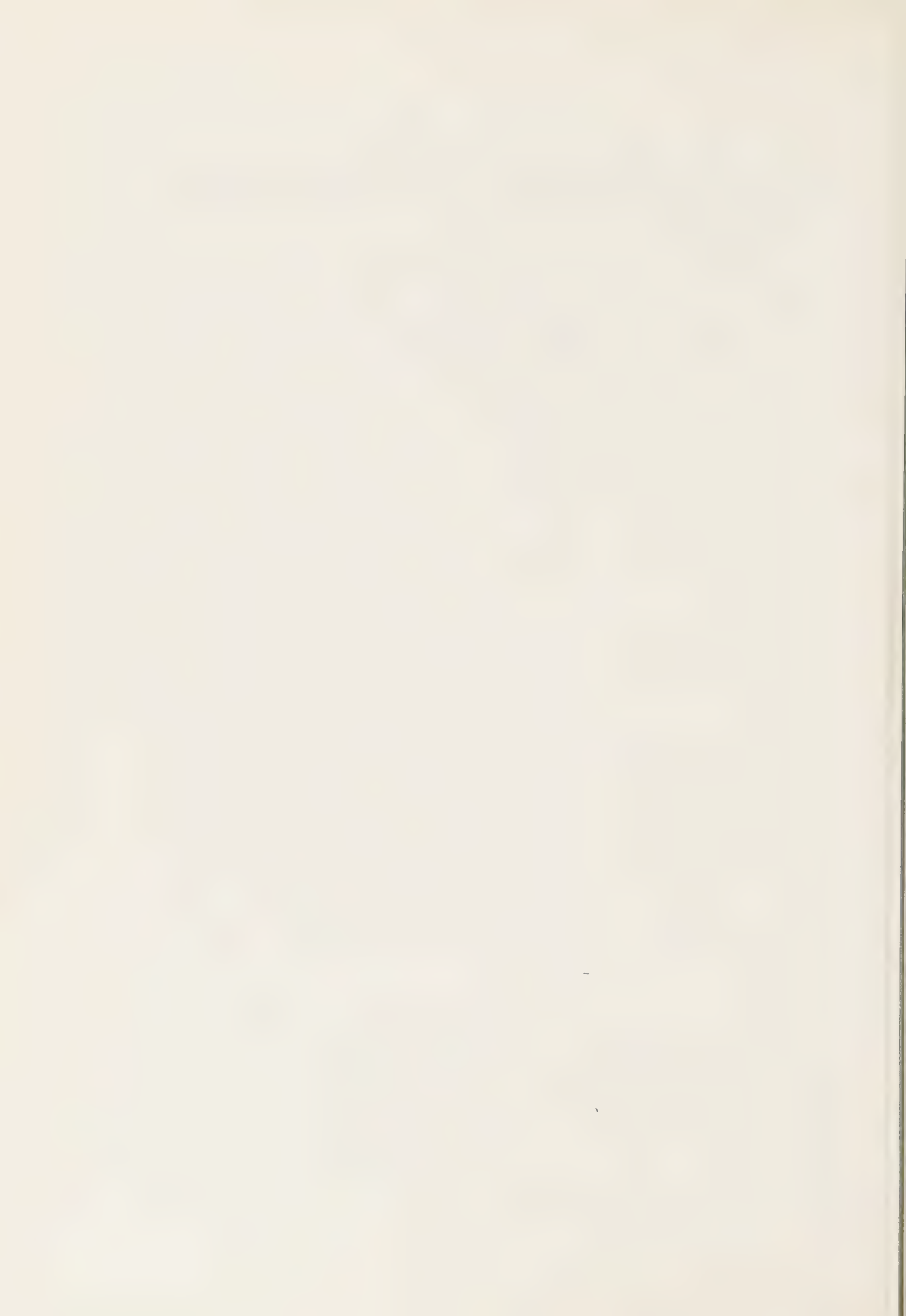
4) s.o. Teil 3 VIII,2 S.328 FN 4

5) BVerfG NJW 1959,931

6) Art.1281 BW; s.o. Teil 3 VI,3 S.303 FN 7

Weise schützt.¹⁾ Hier hat die Legislative das erste Wort!
Es bleibt zu hoffen, daß der Gesetzgeber bald eine geeignete
Lösung finden wird.

1) vergl. Lenckner, aaO S.218 f



C u r r i c u l u m v i t a e

Am 20. Juni 1951 wurde ich in Tegernsee (Oberbayern) als Sohn des in Zell am Harmersbach tätigen Geschäftsführers der Prototyp GmbH Dr. jur. Dietmar Lauermann und seiner Frau Renate, geb. Koch-Winckler, geboren.

Meine Kindheit verbrachte ich in Konstanz am Bodensee. Nach vierjähriger Volksschulzeit in Konstanz-Allmannsdorf besuchte ich bis zum November 1963 das Alexander v. Humboldt Gymnasium in Konstanz. Da ich im Dezember 1963 mit meinen Eltern und beiden Geschwistern nach Zell a.H. übersiedelte, ging ich von da an auf das Gymnasium Hausach, wo ich am 3. 6. 1970 die Reifeprüfung ablegte.

Im Wintersemester 1970/71 immatrikulierte ich mich an der Albert-Ludwigs Universität in Freiburg. Am 27. 11. 1975 bestand ich in Freiburg die erste Juristische Staatsprüfung. Am 1. 3. 1976 trat ich meinen Referendardienst beim Landgericht Offenburg im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe an. Meine zweite Juristische Staatsprüfung bestand ich in Stuttgart am 13. 6. 1978.

Seit September 1978 begann ich mit den Arbeiten an vorliegender Dissertation. Dank der liebevollen Bemühungen meiner niederländischen Großmutter beherrschen meine Geschwister und ich die niederländische Sprache, so daß mir die Wahl des vorliegenden Themas möglich wurde. Auf diese Weise soll sie (als eine direkte Nachfahrin von Olden Barneveld) und ihr Vaterland, das sie sehr geliebt hat, eine gebührende Ehrung erhalten.

Seit dem 1. September 1978 bin ich als Rechtsanwalt beim Landgericht Freiburg zugelassen.

Verzeichnis der

an die ...
...
...

...
...
...
...
...

...
...
...
...
...
...

...
...
...
...
...
...
...

...
...

